

ADVARSEL I ARBEIDSFORHOLD

Begrepet advarsel og den rettslige betydningen
av advarsler i arbeidsforhold

Kandidatnummer: 250

Veileder: Professor Henning Jakhell

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 17984 ord

27.04.2006

Ingen velsignelse er så stor som arbeidets, og bare det mennesket
som har arbeidet hardt hele sitt liv, kan si: 'Jeg har levet.'

Johann Wolfgang von Goethe

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>BEGRUNNELSER FOR Å BENYTTE ADVARSLER I ARBEIDSFORHOLD</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>OVERGANGEN FRA UFORMELLE TILBAKEMELDINGER TIL KONKRETE ADVARSLER</u>	<u>7</u>
3.1	Den glidende overgang	7
3.2	Form	9
3.3	Innhold	13
3.4	Nærmere om grensegangen tilrettevisning/pålegg/oppklaring/advarsel	15
<u>4</u>	<u>BEGREPET ADVARSEL</u>	<u>17</u>
4.1	Problemstilling	17
4.2	Definisjon	17
4.3	Vektspørsmålet mellom advarsler og tilrettevisninger	18
<u>5</u>	<u>SIGNALER GITT PÅ FORHÅND</u>	<u>24</u>
5.1	Problemstilling	24
5.2	Vekt forhåndssignaler	26
5.3	Rettstilstanden etter Rt.2005 s.518 (pornodommen)	27
5.4	Konklusjon	29

<u>6</u>	<u>VURDERINGEN OG VEKTLEGGINGEN AV ADVARSLER VED AVSLUTNING AV ET ARBEIDSFORHOLD. BETYDNINGEN AV TIDLIGERE FORHOLD – TIDSELEMENTET</u>	<u>31</u>
6.1	Hovedregel	31
6.2	Tidselementet – kan en advarsel foreldes?	35
<u>7</u>	<u>DE FØRSTE SKRITT VED EN UBERETTIGET ADVARSEL</u>	<u>39</u>
7.1	Problemstilling	39
7.2	Saksbehandling	41
<u>8</u>	<u>KAN MAN FÅ PRØVD EN ADVARSEL RETTSLIG?</u>	<u>43</u>
8.1	Innledning	43
8.2	Offentlige tjenesteforhold	43
8.2.1	Tjenestelig tilrettevisning og ordensstraff	43
8.2.2	Rettslig interesse	44
8.2.3	Betydningen av skillet mellom ordensstraff og tjenestelig tilrettevisning. Rekkevidden av Rt. 2003 s. 480.	45
8.3	Det private næringsliv	51
8.3.1	Tvml. § 54	51
8.3.2	Eksempler fra rettspraksis	52
8.4	Domstolenes prøvelsesadgang	55
8.5	Prosessuelt	57
<u>9</u>	<u>REGISTRE</u>	<u>58</u>
9.1	Litteraturhenvisninger	58
9.2	Lovregister	59

9.2.1	Norske lover	59
9.2.2	Utenlandske lover	59
9.3	Forarbeider	59
9.4	Domsregister	60
9.4.1	Rt. (Norsk Retstidende)	60
9.4.2	RG (Rettens Gang)	60
9.4.3	ARD (Dommer og kjennelser av Arbeidsretten)	61
9.4.4	NAD (Norsk Arbeidsrettslig Domssamling)	61
9.4.5	Upubliserte avgjørelser	61
9.4.6	Utenlandske avgjørelser	61
9.5	Sivilombudsmannens praksis	62
9.6	Andre kilder	62

1 Innledning

Avhandlingen omhandler advarsler i arbeidsforhold. Dersom arbeidsgiver ikke er fornøyd med innsatsen til en arbeidstaker, må man si fra til vedkommende slik at han/hun får rettet opp i forholdet. Det finnes ulike metoder og fremgangsmåter for å formidle et budskap på i arbeidsforhold. Advarsler er én fremgangsmåte.

I arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 (aml.) har vi ingen regler om advarsler. Instituttet baserer seg på sedvane og det som er kommet til uttrykk gjennom rettspraksis. Advarsler i arbeidsforhold er godt innarbeidet i samfunnet og akseptert som et styringsinstrument for arbeidsgiver. Vi har imidlertid ingen klar definisjon av begrepet ”advarsel”. Dette reiser interessante spørsmål og er utgangspunktet for den første hovedproblemstillingen.

Den andre hovedproblemstillingen i besvarelsen angår uberettigede advarsler. Her reises spørsmål rundt situasjonen der arbeidstaker mener at én eller flere advarsler er feilaktige, hvordan man kan gå frem, om man kan få prøvd en advarsel rettslig etc.

Ny arbeidsmiljølov ble sanksjonert av Kongen i statsråd 17. juni 2005. Den vil tre i kraft 1. januar 2006. Den nye Stoltenberg-regjeringen har imidlertid varslet endringer – og dermed utsettelse – av den nye loven. Situasjonen er pr. d.d. fremdeles uklar, men den nye loven som ble fastsatt 17. juni 2005 vil ikke endre rettstilstanden m.h.t. advarsler i arbeidsforhold.

Ved kongelig resolusjon av 17. juni 2005 ble det også fastsatt ny embets- og tjenestemannslov med ikrafttredelse 1. januar 2006. Den nye loven vil føre til endringer bl.a. m.h.t. regler om ordensstraff. Jeg vil imidlertid – pga. oppgavens rammer – avgrense meg mot den nye loven, slik at jeg kun gjør rede for gjeldende rett.

I den videre fremstilling vil jeg i kap. 2 se på begrunnelser for å benytte advarsler. I kap. 3 vil jeg gjøre rede for den glidende overgangen fra uformelle tilbakemeldinger til advarsler. I kap. 4 vil jeg forsøke å definere begrepet advarsel og i kap. 5 vil jeg se nærmere på forhåndssignaler. Vektleggingen av advarsler og tidselementet blir drøftet i kap. 6, mens problematikken om uberettigede advarsler blir behandlet i kap. 7 og fulgt opp i kap. 8 om man kan prøve advarsler overfor en domstol.

2 Begrunnelser for å benytte advarsler i arbeidsforhold

I et ansettelsesforhold vil det foreligge en arbeidsavtale mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker. Hovedessensen i denne avtalen er at arbeidstaker skal utføre en viss type jobb og innsats mot en kompensasjon i form av lønn eller andre goder.

På en arbeidsplass vil det som regel være en løpende dialog mellom arbeidsgiver og de øvrige ansatte. Dersom arbeidsgiver ikke er fornøyd med arbeidsinnsatsen til en ansatt, vil arbeidslederen normalt ta dette fortløpende opp med vedkommende. Arbeidslederen vil gi instruksjoner om hvordan jobben skal utføres. Det er av vesentlig betydning for en arbeidsgiver at en jobb utføres riktig og i henhold til arbeidskontrakten. For en arbeidsgiver er det mange hensyn som skal ivaretas – både kvalitet og kvantitet på produkter, økonomiske hensyn osv. Men det er også viktig for *arbeidstakeren* at det blir sagt i fra om at ledelsen ikke er fornøyd med arbeidsinnsatsen. På denne måten får vedkommende mulighet til å rette opp i forholdet.

Det er ikke alltid det er tilstrekkelig å få tilbakemeldinger gjennom den daglige uformelle dialogen på en arbeidsplass. Enkelte ganger må arbeidsgiver ty til andre og sterkere virkemidler for å rette opp i forhold. Det kan for eksempel være at arbeidstakeren ikke innretter seg etter de uformelle tilbakemeldingene, eller det kan være begått et forhold av mer alvorlig karakter som arbeidsgiver må slå ned på. I slike tilfeller er det at arbeidsgiver kan og bør bruke en advarsel overfor arbeidstakeren.

Poenget med å gi advarsel er først og fremst behovet for å pålegge en *atferdsendring* hos arbeidstaker.¹ Arbeidsgiver ønsker å korrigere den ansatte ved å underrette om at visse typer holdninger og innstillinger er uakseptabelt. Dersom arbeidstaker opptrer

¹ Dege(2003)s.524.

klanderverdig, kan det bli gitt en advarsel for dette. Arbeidsgiver vil med en advarsel gjøre arbeidstaker oppmerksom på at hans eller hennes atferd er uholdbar og at eventuelle gjentakelser kan få konsekvenser.

En annen grunn til å gi advarsel, som har sammenheng med hensynet til atferdsregulering, er det man kan kalle *innrettelseshensynet*. Før arbeidsgiver går til det skrittet og sier opp en arbeidstaker, bør man være sikker på at arbeidstakeren ikke vil innrette seg. Med andre ord bør arbeidstakeren få muligheten til å rette opp i forholdet. En oppsigelse er en alvorlig konsekvens og det er for eksempel ikke sikkert at arbeidstaker har vært klar over hvilke følger en viss atferd ville gi. En advarsel vil gjøre arbeidstaker oppmerksom på dette. En advarsel vil dermed også kunne dokumentere at arbeidstakeren har skjönt alvoret og en senere oppsigelse vil kunne være forsvarlig dersom arbeidstakeren har handlet til tross for advarselen.²

I Hålogaland lagmannsretts dom av 10.05.2000 (dissens 5-2) ble oppsigelsen kjent ugyldig fordi arbeidstakeren ikke var gitt anledning til å innrette seg etter forhold som ble påpekt i en advarsel. Arbeidstakeren hadde fått en skriftlig, kortfattet og generell advarsel. Anmodningen om å få en nærmere presisering ble ikke imøtekommet. Uttalelse fra flertallet: ” *Så lenge det ikke var gjort tilstrekkelig klart for A hvilke forhold man siktet til og hvilke endringer man forventet, fremstår oppsigelsen som forhastet og mangelfullt begrunnet. Slik flertallet vurderer forholdet, ble A ikke gitt noen reell mulighet til å forbedre seg. Oppsigelsen må derfor settes til side som ugyldig.*” (Mindretallet kom til at oppsigelsen var saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold på grunn av manglende lojalitet i forhold til selskapets økonomiske målsettinger).

I NAD 1981-83 s.676 (Trondheim) ble oppsigelsen av A kjent ugyldig. Hans arbeid bestod i klargjøring av biler. Bedriften gjorde gjeldende at det kom inn en del klager på A for manglende klargjøring. Retten la til grunn at dette i en viss utstrekning var riktig og at det ikke bare var manglende opplæring som var grunn til klagen. Retten påpekte imidlertid at de bebreidelser som var rettet mot A var lite konkretiserte. Videre bemerket retten at A burde ”*ha fått en skriftlig advarsel hvor det ble påpekt konkrete forhold, slik at han hadde forstått alvoret i saken og kunne ha innrettet seg etter dette*”.

Det er imidlertid ikke noe vilkår for en gyldig oppsigelse at advarsel er gitt. Ved åpenbare eller gjentatte pliktbrudd og mislighold av samme karakter, viser det at arbeidstaker ikke ønsker å innrette seg. Høyesteretts dom inntatt i Rt.2001 s.1362 (adjunkt) er illustrerende:

² Fanebust(2001)s.248. Se også Fanebust(2002)s.271.

Saken gjaldt gyldigheten av oppsigelse av en adjunkt i den videregående skole. Som grunnlag for oppsigelsen var det påberopt illojal opptreden og manglende samarbeidsevner overfor overordnede og kolleger. Høyesterett uttaler (på s.1377) at i tilknytning til vurderingen av om pliktbrudd fra arbeidstakerens side kan danne grunnlag for oppsigelse, vil det være et moment om det er gitt en advarsel om at fortsatt pliktbrudd vil kunne medføre oppsigelse. I den konkrete saken dreide det seg imidlertid om så massive, åpenbare og vedvarende pliktbrudd fra As side at advarsel ikke var påkrevd.

Dersom for eksempel en ansatt forsvinner ut døra med kassa under armen, sier det seg nesten selv at en advarsel ikke er påkrevd for å avslutte arbeidsforholdet. Dette er et helt åpenbart pliktbrudd.

For det tredje kan en advarsel fungere som en *dokumentasjon* på at en hendelse faktisk har funnet sted. Dette kan være til hjelp dersom forholdet blir påberopt senere.³ Dersom det gis en muntlig advarsel bør derfor denne skrives ned og legges i vedkommendes personalmappe. (Nærmere om saksbehandling i kap. 7.2.)

En fjerde grunn til å gi advarsel er at *vektleggingen* av forholdet blir notorisk. Blir det gitt en advarsel ser man at arbeidsgiver faktisk har lagt vekt på forholdet. I enkelte tilfeller kan det være at forhold tilbake i tid blir forsøkt rotet opp for å underbygge en oppsigelse som kanskje ikke er så åpenbar. Er det blitt gitt en advarsel for disse forholdene vil denne advarselen virke klargjørende i fremtiden. Er det ikke blitt gitt en advarsel for de eldre forhold kan arbeidsgiver få problemer med å ettervise at det faktisk er blitt lagt vekt på forholdet, og en eventuell oppsigelse vil kunne virke tvilsom.⁴ Poenget med dette hensynet er at arbeidsgiver rent bevismessig styrker grunnlaget for en eventuell senere oppsigelse eller avskjed av arbeidstakeren.

Fra praksis kan nevnes RG 1950 s.626. Firmaet anførte at det ikke var noe enkelttilfelle som var avgjørende for oppsigelsen av A, men vedkommendes holdning, belyst ved enkeltepisoder gjennom en årrekke, måtte gjøre det berettiget å si ham opp. Til dette bemerket retten at hvis firmaet virkelig hadde vært så misfornøyd med arbeidstakerens opptreden, ville det vært naturlig at firmaet hadde gitt arbeidstakeren en advarsel på et tidligere tidspunkt og gitt uttrykk for hva misnøyen gjaldt. Oppsigelsen ble kjent ugyldig.

³ Fanebust(2001)s.248.

⁴ Fanebust(2001)s.248.

For å runde av og summere opp dette kapittelet, kan jeg vise til en uttalelse i den tidligere nevnte Rt.2001 s.1362 (adjunkt). På side 1377 refererer førstvoterende til Fanebust og nevner tre av begrunnelsene for advarsel som jeg har redegjort for ovenfor:

”Foruten at en advarsel vil sikre beviset for at det forhold advarselen gjelder, faktisk har funnet sted, og at bedriften har lagt vekt på forholdet, vil det at arbeidstakeren til tross for advarselen har handlet slik han har gjort, vise at arbeidstakeren ikke ønsker å innrette seg”
(min understrekning).

I tillegg til de tre begrunnelsene Høyesterett nevner her, har vi også det som kanskje kan benevnes som hovedpoenget med en advarsel: Det skal gi grunnlag for atferdsendring.

3 Overgangen fra uformelle tilbakemeldinger til konkrete advarsler

3.1 Den glidende overgang

I vurderingen om det foreligger en saklig begrunnet oppsigelse, vil en advarsel kunne være et moment i vurderingen. Er det i tillegg gitt flere advarsler til samme person, vil dette kunne være et tyngre argument for en saklig oppsigelse. Vi har ingen regler om advarsler i arbeidsforhold i arbeidsmiljøloven. Det er imidlertid ingen tvil om at en arbeidsgiver kan være berettiget til å anvende dette styringsinstrumentet. Dette følger av langvarig rettspraksis.

Det at man ikke har noen lovregler om advarsler, skaper en del kompliserte problemstillinger. Vi har ingen klar definisjon av begrepet. Når kan man si at det foreligger en konkret advarsel? Hvordan er overgangen fra rene muntlige tilbakemeldinger til det blir definert som en advarsel? Hva er forskjellen på en uformell tilbakemelding og en advarsel? Spørsmålene som reiser seg er mange.

Innenfor sin styringsrett vil en arbeidsgiver gi instruksjer og rettlede sine arbeidstakere. Dette skjer som regel gjennom den daglige uformelle kontakten med sine ansatte. Der hvor de uformelle tilbakemeldingene ikke er tilstrekkelige, må man ofte ty til andre virkemidler, som for eksempel å tildele advarsler. På denne måten ønsker man å tydeliggjøre alvoret i situasjonen.

Når går man imidlertid over grensen fra den uformelle dialogen til det man definerer som en advarsel? Siden man ikke har noen klar definisjon på begrepet, må dette bero på en konkret skjønnsmessig vurdering. Men hvilke momenter inngår i denne vurderingen? Skal man kun legge vekt på innholdet i bemerkningen? Er det en tidsfaktor med i bildet? Skaper det noen forskjell om det er en skriftlig tilbakemelding? Kan man for eksempel slå sammen

et visst antall uformelle tilbakemeldinger slik at alle disse utgjør én advarsel? I det følgende skal vi prøve å finne svar på spørsmålene.

Man kan gjerne si at det er en glidende overgang fra den naturlige samtalen til man konstruerer en advarsel. En kan da se for seg en linje hvor man etter hvert passerer en grense der man statuerer advarsel som sanksjon. Teoretisk høres dette kanskje fornuftig ut, men i praksis blir man neppe klokere.

Et konstruert eksempel:

Man jobber i kassa på Rimi. Én dag viser det seg at det mangler 100 kroner etter det daglige kassaoppgjøret. Jeg innbiller meg at dette er vanlig i bransjen. Den ene dagen mangler det noen kroner, den andre dagen er det noen kroner for mye. I løpet av ett år går man sannsynligvis i null. Arbeidsgiver er nok klar over dette. Så viser det seg imidlertid at det går 4 dager på rad hvor det mangler 100 kroner. Jeg forutsetter at arbeidsgiver meddeler arbeidstakeren om at han eller hun må være mer nøyaktig i jobben sin. Så går det ennå noen dager hvor det mangler 100 kroner i kassa. Vi tenker oss at arbeidsgiver tar seg en prat med den ansatte og prøve å finne ut av dette. Vedkommende blir fortalt at slik kan det ikke gå i lengden – butikken taper penger. Så går det nye 3 dager hvor det mangler 100 kroner i kassa. Påfølgende lørdagskveld får den ansatte en sms fra arbeidsgiver om at man ikke er fornøyd med arbeidsinnsatsen til vedkommende. I meldingen står det ingenting om hva det direkte siktes til og om eventuelle sanksjoner. Det vises bare til ”den senere tids slette arbeidsinnsats”. Meldingen avsluttes med kommentaren: ”Stå på!” og et smiletegn. Så går det et halvt år hvor kassa går i null hver dag. Etter hvert kommer det et generelt skriv fra den sentrale ledelsen til alle ansatte i butikkjeden om at man må være veldig nøye med at kassaoppgjørene går riktig for seg. Hvis ikke vil dette kunne medføre konsekvenser for dem det gjelder - bl.a. oppsigelse. Så går det ytterligere 3 måneder hvor kassaoppgjøret til vedkommende går helt riktig for seg. Så kommer det plutselig 4 dager på rad hvor det mangler 50 kroner i kassa. Etter dette får vedkommende sparken. Arbeidsgiver begrunner dette med at vedkommende har fått en rekke advarsler og ikke innrettet seg etter dette. Man har ingen beviser for at vedkommende har stjålet penger. Samtidig har det ikke vært noen problemer med de andre kassene.

Så kan man spørre seg: Har vedkommende i eksempelet i det hele tatt fått noen advarsel? I så fall; når og hvor mange? Hvis man forutsetter at det foreligger minst én advarsel; når kan man sette skjæringspunktet mellom den uformelle dialogen og advarselen? Hva er det som er bestemmende for skjæringspunktet?

Jeg har valgt eksempelet for å illustrere problemstillingen. Når man ikke har klare retningslinjer å forholde seg til, skaper det usikkerhet – for alle involverte parter. For de ansatte er det særdeles viktig å vite hva man skal forholde seg til. En advarsel vil kunne få stor betydning for vedkommende i det senere arbeidsliv. Men også arbeidsgiver bør være fortrolig med hvor grensen går. Arbeidsgiver må vite hvilke virkemidler man tar i bruk og

hvilke virkninger dette skaper. For begge parter er det viktig å forstå hvilken rettslig betydning en sanksjon utløser. Man bør derfor ha klare retningslinjer for hvordan man definerer en advarsel.

Jeg skal nå gå mer i dybden og se på hvilke momenter som kan være bestemmende for en definisjon av begrepet "advarsel". Man må da først og fremst se på *form* og *innhold* (kap. 3.1 og 3.2). På bakgrunn av dette vil jeg i kap. 4 konstruere en definisjon av begrepet.

3.2 Form

I jussen taler man ofte om at det muntlige er like bindende som det skriftlige. En muntlig avtale forplikter like mye som en skriftlig avtale. Det bunner som regel ut i et spørsmål om bevis. Slik kan det være med advarsler også. Utgangspunktet er at muntlige advarsler har samme relevans og vekt som en skriftlig advarsel. Arbeidsgiver har imidlertid bevisbyrden for at advarsel er gitt.⁵ Bevismessig er det lettere med en skriftlig advarsel. Dette er godt argument for at det *bør* være et skriftlig formkrav.

De lege ferenda kan man kanskje forestille seg en regel om at en advarsel ikke blir gyldig før den får en skriftlig form - forutsetningsvis innen en viss frist. Man ville da ivareta dokumentasjonshensynet og situasjonen ville vært ryddigere for begge parter. Hvis man får advarselen skriftlig er det også lettere å forstå at bedriften faktisk har lagt vekt på forholdet. En muntlig advarsel vil kanskje lettere gå i glemmeboken og man vil muligens ha problemer med å akseptere at en gammel muntlig advarsel blir forsøkt gravd frem ved en ellers tvilsom oppsigelse.

En advarsel er en alvorlig reaksjon overfor arbeidstakerne. Det bør derfor stilles krav til bevis i en slik situasjon. Det letteste ville utvilsomt være krav til en skriftlig form. Tesen om at det muntlige er like bindende som det skriftlige er vel og bra, men det bærer rett og slett ikke i alle tilfeller. Dette er lovgiver også klar over. I for eksempel aml. § 55 B heter

⁵ Jfr. bl.a. Agder lagmannsretts dom 1.april 1997.

det at det skal inngås *skriftlig* arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Jeg har problemer med å finne gode argumenter for at et slikt skriftlighetskrav ikke burde knyttes til advarsler også. Man har lovfestede skriftlighetskrav knyttet til det å inngå en arbeidsavtale (aml. § 55 B) og i tilknytning til det å avslutte et arbeidsforhold, jfr. aml. § 57 nr. 1. En advarsel vil ofte være et steg nærmere en avslutning av arbeidsforholdet. Sentralt i mange oppsigelsessaker står spørsmålet om advarsel har vært gitt eller ikke (ikke bevismessig, men i tilknytning til saklighetsvurderingen i aml. § 60). Blir det påstått at en advarsel har vært gitt, og det viser seg at dette er helt sentralt i vurderingen, er det unødvendig hvis dette skal bunne ut i et bevisspørsmål. Har man et skriftlighetskrav ville man unngått slike situasjoner.

Et motargument kan være at dersom man får en lovfestet regel om at en advarsel skal utferdiges skriftlig, så ville advarselsinstituttet lett kunne blitt ”misbrukt”. Man vil da få en *lovfestet* regel om at advarsel kan benyttes i arbeidsforhold. Siden vi ikke har noen lovregel om dette i arbeidsmiljøloven i dag, så vil en innføring av en slik regel kanskje kunne føre til at det ”tar av” og at det muligens ville blitt gitt mange tvilsomme advarsler rundt om på arbeidsplassene. Dette er imidlertid ikke noe fremragende argument. Det er godt innarbeidet i samfunnet i dag at arbeidsgivere kan benytte seg av advarsler som et styringsinstrument. Tvert i mot ville en lovregulering (sannsynligvis) føre til at man fikk klarere grenser for hvordan man bør definere og bruke advarsler.

Man kan tenke seg unntak fra et skriftlighetskrav der man benytter seg av vitner. Ved enkelte bedrifter har man inngått tariffavtaler om at tillitsvalgte skal være til stede når en arbeidstaker tildeles en advarsel.⁶ Ved bruk av vitner ivaretar man for det første beviskravet. For det andre statuerer man alvoret av situasjonen. Man underbygger at situasjonen som foranlediget advarselen faktisk har funnet sted, samtidig som man viser at man har lagt vekt på forholdet. Selv om et vitne kan erstatte skriftlighetskravet, bør man likevel nedfelle advarselen skriftlig og vedlegges personalmappen. Man bør i alle fall kvittere for at man har vært vitne.

⁶ Gjone s.279.

Bevismessig er det også en fordel om arbeidstaker kvitterer for advarselen. Enten kan man kvittere under selve advarselen, eller så kan man kvittere for å ha mottatt advarselen.

Selv om skriftlighet eller vitner nok er de mest hensiktsmessige former for bevis, kan andre typer være video- eller lydopptak.

Har man et skriftlighetskrav blir det et spørsmål om man bør akseptere at en advarsel er gitt pr. e-post, sms eller faks. Denne problematikken kan man kanskje knytte opp til det som i dag gjelder for oppsigelser. Formkravet til en oppsigelse er regulert i aml. § 57 nr. 1. I lovteksten står det kun at en oppsigelse skal skje skriftlig. I avsnitt 9.4.1 i ot.prp.nr. 108 (2000-2001) *Om lov om endringer i diverse lover for å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon*, er det påpekt at bestemmelsen i aml. § 57 etter sin *ordlyd* ikke åpner for at en oppsigelse kan skje elektronisk. Videre blir det uttalt at elektronisk kommunikasjon ikke anses egnet til formidling av en oppsigelse. Dette blir begrunnet med at det er grunn til å frykte at terskelen for å gi en ikke grundig nok gjennomtenkt oppsigelse, vil kunne bli lavere dersom arbeidsgiver ”med et tastetrykk” kunne sende oppsigelse per e-post. Det vises også til at en oppsigelse er av en alvorsfylt karakter som kan oppleves som en stor følelsesmessig belastning, og at oppsigelsen derfor bør gis i en form som er forenlig med budskapet. Det angis imidlertid at en *bekreftelse* på at en oppsigelse er mottatt, vil kunne gis ved bruk av elektronisk kommunikasjon. Departementet påpeker også at etter hvert som elektronisk kommunikasjon blir mer vanlig, kan det tenkes at e-post eller lignende vil kunne aksepteres som egnet til formidling av slike budskap.

De fleste av disse argumentene kan også anføres i tilknytning til en advarsel. Likevel vil ikke en advarsel være like alvorlig som en oppsigelse, slik at det følelsesmessige aspektet kanskje ikke står like sterkt i tilknytning til en advarsel. Samtidig er det et godt argument at en advarsel, som for eksempel er gitt pr. sms, ikke trenger å være like gjennomtenkt som en skriftlig advarsel pr. brev. I alle fall hvis man mottar en advarsel på sms nattetid i en helg.

Dersom en advarsel sendes elektronisk og i ettertid følges opp i vanlig brev, burde dette kunne aksepteres. Dette er i tråd med samfunnsutviklingen, samtidig som man ivaretar originaldokumentets betydning.

En avgjørelse av dansk høyesterett (U.1991.411/1H) er illustrerende for tankegangen. En ankestevning via faks ble mottatt på ankefristens siste dag – 23. juli. Den originale anken med underskrift ble mottatt 24. juli, altså dagen etter ankefristen. Høyesterett stadfestet landsrettens kjennelse om å godta anken.

I ot.prp.nr. 8 (2002-2003) *Om lov om endringer i rettergangslovgivningen mv. (elektronisk kommunikasjon med domstolene mv.)*, er det foreslått endringer i domstoloven av 13. august 1915 nr. 5 § 146 om bruk av elektronisk kommunikasjon med ettersending av originaldokument. Dette er et signal om at kommunikasjonsformene er i ferd med å utvikles og at elektronisk kommunikasjon begynner å bli vanlig, sml. departementets synspunkter i ot.prp.nr. 108 (2000-2001). Med disse endringene er det gode grunner for at man også bør kunne akseptere en advarsel via e-post/sms/faks med ettersending av dokument i originalformat.⁷

Etter min mening ligger faks så nært opp til vanlig brevformat at det bør kunne aksepteres uten ettersending av originaldokument. Jeg kan ikke se at det skulle være noen større grunn til å frykte forhastede slutninger og formuleringer i en faks i stedet for et vanlig brev.

Jan Tormod Dege skriver at en advarsel nødvendigvis ikke trenger å være *individuell*.⁸ Personalreglement, skriv i omløp på arbeidsplassen eller annen formidling med opplysning om arbeidsgivers reaksjon på for eksempel tyveri eller smugling kan være tilstrekkelig.

Illustrerende er Rt.1992 s.1023 (flykapteindommen) (dissens 3-2) om en flykaptein som ble avskjediget pga. smugling. "*Selskapets holdning var vel kjent blant de ansatte, og i desember 1981 ble det gjort kjent at overtredelser kunne medføre avskjed. [...] De ansatte har på denne måten på forhånd fått en advarsel...*" (side 1026).

Et annet eksempel er Rt.1994 s.369 (kapteinsirkulærdommen) hvor en lagerekspeditor på en ferge ble avskjediget pga. smugling. "*I flere såkalte "Kapteinsirkulærer" til rederiets skip, som var slått opp på sentrale steder på skipet, hadde rederiet redegjort for de regler som gjaldt, og blant annet også gjort*

⁷ Dege(2003)s.426 har samme synspunkt i tilknytning til oppsigelse via e-post.

⁸ Dege(2003)s.525.

oppmerksom på at smugling kunne medføre avskjed.” (Avskjedigelsen var ugyldig, men kunne opprettholdes som oppsigelse, jfr. arbeidsmiljøloven § 66 nr. 4).

Jeg vil imidlertid ikke slutte meg til Deges løsning helt ubetinget. Man bør etter min mening spørre seg om signaler gitt på forhånd faktisk kan regnes som advarsler i tradisjonell forstand. Jeg kommer tilbake til denne problematikken i kapittel 4 og 5.

3.3 Innhold

Som skrevet ovenfor er ikke ”advarsel” noe entydig begrep. Ikke enhver anmerkning, tilsnakk eller irettesetting er nødvendigvis en advarsel. Heller ikke overskriften på et skriv med tittelen ”advarsel” trenger å være avgjørende for om det er en advarsel i rette forstand, selv om det kan være et moment. Det må altså være noe mer. Det må kreves noe av innholdet i advarselen. Her finnes det ingen fasit. Det er imidlertid visse elementer som bør være med.

Et minstekrav til innholdet av advarselen er at det går frem at arbeidstaker vil bli sagt opp eller avskjediget dersom forholdene ikke bedrer seg, jfr. Agder lagmannsretts dom av 1. april 1997. En advarsel må altså inneholde hvilke konsekvenser som følger ved et fortsatt mislighold. Dette kan begrunnes med at arbeidstaker skal forstå alvorret av situasjonen og klart og tydelig skjønne hvilke følger som venter ved fortsatt overtredelse av arbeidskontrakten.

Illustrerende er NAD 1986 s.298 Asker og Bærum: ”Retten finner at saksøker burde vært gitt en skriftlig advarsel hvor hun ble forklart konsekvensene før hun rettmessig kunne sies opp.”

Man kan problematisere rundt hvilken betydning det har dersom man *ikke* har meldt fra om at arbeidstaker kan bli oppsagt eller avskjediget om en ikke innretter seg. Det ville vært for lett vint å si at ”advarselen” da skulle være helt uten betydning. Arbeidstakeren vil jo skjønne at han/hun her har gjort noe uregelmessig. På den annen side kan man ikke uten videre sette til side minstekravet. Har man unnlatt å varsle om eventuell oppsigelse eller

avskjed, vil ”advarselen” i første rekke ha betydning som oppklaring eller pålegg.⁹ På denne måten får man nærmere avklart hva arbeidstakers arbeidsoppgaver går ut på (oppklaring). Handler man i overensstemmelse med sine arbeidsoppgaver etter at en slik oppklaring er funnet sted, vil det ikke være noen grunn til en oppsigelse. Når ”advarselen” får virkning som et pålegg, vil dette være et skjerpene moment i saklighetsvurderingen av en oppsigelse, dersom vedkommende handler i strid med pålegget.¹⁰

Rt.1965 s.1075 er illustrerende. Fire arbeidere ble rettmessig avskjediget fordi de nektet å utføre overtidarbeid. De ”fikk et klart pålegg om å arbeide overtid og [de har også] forstått dette og [...]
de har vært klar over hvilke konsekvenser en nektelse av å møte til overtidarbeide kunne medføre for dem.” (s.1078).

”Advarselen” vil altså ikke være helt uten betydning selv om man unnlater, bevisst eller ubevisst, å informere om eventuelle konsekvenser ved fortsatt pliktbrudd. Dersom man klart og tydelig får et pålegg eller en oppklaring av hvordan man skal forholde seg til arbeidsplikten sin, og deretter handler i strid med dette, så sier det seg nesten selv at dette vil ha relevans og vekt i en saklighetsvurdering. En klar og tydelig advarsel som inneholder eventuelle sanksjoner vil nok ha større vekt, fordi man da er bevisst over hvilke følger en misligholdelse kan medføre. En oppsigelse vil da ikke komme som en overraskelse på vedkommende.

I tillegg til minstekravet om at det må varsles om eventuelle følger, må arbeidsgiver sørge for at den ansatte *klart* oppfatter hva det dreier seg om, hvilket mislighold det siktes til og hva som forventes i fremtiden. Det holder ikke med vage antydninger, men en klar og presis meddelelse.¹¹ Arbeidstaker må skjønne at arbeidsgiver har et behov for en forbedret atferd. En generell tilbakemelding som uttrykker ”et ønske om bedre arbeidsinnsats” er ikke nok. Arbeidsgiver må presisere hvilke(t) forhold det henvises til og hva som forventes.

RG 1950 s.626 er illustrerende: ”Så fremt firmaet virkelig hadde vært så misfornøyd med Garnviks opptreden, hadde det etter rettens mening vært rimelig at firmaet også hadde gitt uttrykk for dette

⁹ Fanebust(2001)s.253.

¹⁰ Fanebust(2001)s.244.

¹¹ Dege(2003)s.525.

ved på et tidligere tidspunkt å ha tildelt Garnvik en advarsel som tydelig ga uttrykk for i hvilke henseender det var misfornøyd med hans fremferd” (s. 631).

Videre er det i rettspraksis kommet til uttrykk at der det er ”*ønskelig med en noe annen opptreden*”, ikke kan være klart nok til å oppfattes som noen advarsel ”*som skulle indikere et ønske fra arbeidsgivers side om å avslutte arbeidsforholdet*”, jfr. Borgarting lagmannsretts dom av 26.5.2000. En slik uttrykksform er for uklar og upresis.¹² Hvis arbeidsgiver ved en senere anledning påberoper seg en slik ”advarsel” ved en oppsigelsessak, vil det være å overrumple arbeidstakeren.

Konklusjonen er at det etter gjeldende rett ikke er *formen* som er avgjørende for om det foreligger en advarsel, men *innholdet*. Det må komme frem at arbeidstaker risikerer å bli sagt opp eller avskjediget hvis forholdene ikke bedrer seg. Det må tydeliggjøres hvilket forhold det dreier seg om. Videre må det presiseres hva som forventes i fremtiden. Alt dette skal fremkomme klart og tydelig uten vage formuleringer. Arbeidsgiver må sikre seg at arbeidstaker forstår budskapet. På et de lege ferenda nivå kan det argumenteres for at det bør stilles krav til en advarsels form. Dette for å sikre bevis og underbygge alvoret i situasjonen.

3.4 Nærmere om grensegangen tilrettevisning/pålegg/opplaring/advarsel

Man kan spørre seg om det er noen forskjell på et pålegg/opplaring og en tilrettevisning? Dette må igjen bero på innholdet av de tilbakemeldingene man får. Mottar man en tilbakemelding om at ”slik skal du gjøre det”, så kan man si at man har fått et *pålegg* om ”å gjøre det slik”. Samtidig har man fått en *opplaring* om hvordan man skal gjøre det. En *tilrettevisning* vil først og fremst klargjøre innholdet av arbeidsoppgavene og være retningsgivende for arbeidsforholdet - man får veiledning. Men man kan like gjerne fundere om det er noen grunn til å sette noe skille mellom disse termene. En tilrettevisning vil jo også virke oppklarende på arbeidsoppgavene. Samtidig får man jo indirekte eller direkte et pålegg om hvordan man skal utføre arbeidsoppgavene. Det kan være vanskelig å

¹² Jfr. også Dege(2003)s.526.

definere det som det ene eller det andre. Jo mer tilrettevisning man får, desto mer oppklarende må nødvendigvis arbeidsoppgavene bli.

Så kan man overveie om det er noen grunn til å vektlegge én ”korrekt” advarsel tyngre enn to-tre pålegg/oppklaringer/tilrettevisninger? Skal arbeidsgiver ha tiltro til at en arbeidstaker skal klare å innrette seg bedre etter én advarsel, mens flere tilbakemeldinger, som ikke blir definert som en ”korrekt” advarsel, ikke har hjulpet? Vil en advarsel i sin rette form virke sterkere enn uformelle tilbakemeldinger? Poenget med en tilbakemelding, uansett hvordan man definerer den, er jo at den skal være atferdsregulerende.

Terminologien blir en teoretisk diskusjon. Man må være bevisst på at det ved en oppsigelse uansett må foreligge en helhetsvurdering av ulike momenter, jfr. aml. § 60, der en advarsel *kan* være ett av elementene. En oppsigelse er ikke betinget av at man har fått en eller flere advarsler. Hvis man etter en rekke uformelle tilrettevisninger fremdeles ikke viser fremgang eller mestrer arbeidsoppgavene, kan arbeidsgiver ha saklig grunn til å avslutte arbeidsforholdet.

Før man tar skrittet til å avslutte arbeidsforholdet kan man teoretisk tenke seg til at man er gjennom alle de ovennevnte fasene: En blir ansatt og får opplæring. Man får uformelle tilbakemeldinger og tilrettevisninger. Senere en nærmere oppklaring av arbeidsoppgavene, videre et direkte pålegg om hvordan de skal løses, også en siste advarsel - før neste mislighold fører til oppsigelse eller avskjed.

Vektproblematikken mellom advarsler og andre varsler/signaler blir inngående redegjort for i kap. 4.3 og 5.2.

4 Begrepet advarsel

4.1 Problemstilling

Jeg avsluttet forrige kapittel med å si at terminologien blir en teoretisk diskusjon og at en oppsigelse/avskjedigelse uansett må baseres på en konkret helhetsvurdering. Det er helt på det rene at det må foreligge en konkret totalvurdering, jfr. aml. § 60. Når man imidlertid har kommet til denne helhetsvurderingen, kan det være lett å slutte seg til at ”det som har foregått”, vil være en smakssak om man skal definere det som det ene eller andre – fordi alle vet at ”noe har foregått”. Etter min mening kan dette virke som en forhastet løsning.

Dersom man sier at det ikke er så nøye hva man definerer det som – ”det må uansett foreligge en totalvurdering av alle relevante forhold” – hvorfor opererer vi da med advarsler? Sagt på en annen måte: Hvorfor skal vi legge vekt på en tilbakemelding hvis det ikke er en advarsel?

For å prøve og finne svar på dette spørsmålet vil jeg først forsøke meg på en definisjon av begrepet advarsel. Jeg skal begrunne hvorfor jeg har valgt akkurat denne definisjonen.

4.2 Definisjon

En advarsel er en reaksjon som ilegges for misligholdelse av arbeidsplikten, herunder unnlatelse av å overholde arbeidsplikten, og som uttrykkelig er ment å være en sanksjon hvor det klart går frem at gjentatt mislighold kan medføre oppsigelse eller avskjed.

For det første kommer det frem at en advarsel er ment å være en *sanksjon* for en misligholdelse av arbeidsplikten. (Hva som ligger i den enkeltes arbeidsplikt må baseres på arbeidsavtalen eller andre reglement). En ren tilrettevisning mangler dette sanksjonspreget. En tilrettevisning forankret i selve arbeidsforholdet, har til formål å klargjøre innholdet og

omfanget, samt være retningsgivende, i tilknytning til arbeidsoppgavene. En advarsel er tilsiktet å være en kritikk av forholdet.

For det andre tydeliggjøres det hvilke sanksjoner som kan inntre ved gjentatt mislighold. Det at det står ”kan medføre” betyr at det ikke er noen automatikk i at gjentatte overtredelser fører til en avslutning av arbeidsforholdet. Dette må baseres på en konkret vurdering, noe som harmonerer med aml. § 60. Man må bl.a. ta i betraktning hvor grov overtredelsen er, om det har gått lang tid mellom advarslene osv. Reaksjonen får ikke status av å være en advarsel før det samtidig tydeliggjøres at reaksjonen er ment å være en sanksjon hvor eventuelle gjentakelser kan få konsekvenser for arbeidsforholdet.

For det tredje er det i definisjonen brukt ord som ”uttrykkelig” og ”klart”. Dette er for å ivareta klarhetshensynet som er til beskyttelse for arbeidstakeren. Arbeidsgiver er med dette pålagt å tydeliggjøre alvoret i situasjonen overfor arbeidstaker. En advarsel skal ikke være vagt formulert eller åpne for tvil. En uttrykksform som ”nå må du skjerpe deg” skal, etter definisjonen, ikke betraktes som en advarsel.

Elementene i definisjonen er valgt på bakgrunn av det som er kommet til uttrykk i rettspraksis, andre myndigheters praksis og juridisk litteratur.

4.3 Vektspørsmålet mellom advarsler og tilrettevisninger

Jeg har nå drøftet hva som ligger i begrepet advarsel, men definisjonen sier ingenting om vektproblematikken mellom en advarsel og en ren tilrettevisning. Dette er kjernen i den følgende drøftelse. Spørsmålet er om man ved en slik definisjon ønsker å markere et skille om hva som bør vektlegges i en saklighetsvurdering. Er det et forsøk på å unngå at tilbakemeldinger, som ikke er konkrete advarsler, skal tillegges vekt ved en oppsigelse/avskjed? Sagt på en annen måte: Hvilken nytte har egentlig en slik definisjon dersom man uansett kan trekke inn enhver form for ”kritiske” tilbakemeldinger i en saklighetsvurdering?

En advarsel er i denne sammenheng mest interessant ved en oppsigelse/avskjed. Da er det i fremste rekke to hensyn som må overveies; *beviskravet* og *klarhetskravet*. I beviskravet ligger det to elementer: Om det kan bevises at vedkommende har gjort noe irregulært, og om man kan bevise at vedkommende har fått en advarsel. I klarhetskravet ligger om vedkommende er gjort tilstrekkelig oppmerksom på at det man gjorde var galt, eller at man burde skjønne det.

En tilrettevisning eller en advarsel har mye av det samme i seg. Poenget med dem begge er at det er uttrykk for en misnøye. Bedriftsledelsen ønsker å rettlede vedkommende. Forskjellen er imidlertid at en ren tilrettevisning ikke har det samme klare konsekvenssignalet som en advarsel gir. En arbeidsgivers styringsrett innebærer også en plikt til å si *klart* i fra.¹³

Beviskravet og klarhetskravet kan gå noe over i hverandre. En ting er at man faktisk har sagt noe – det trenger nødvendigvis ikke å være omtvistet. En annen ting er imidlertid hva mottakeren har lagt i språkbruken og hvordan vedkommende har oppfattet situasjonen. Her er det mange elementer som spiller inn. Dette kommer an på omgivelsene. Hvordan vedkommende har formulert seg, er et viktig moment. Men dersom vedkommende har vært klar over arbeidsgivers syn, eller i det minste burde være klare over, vil selve språkbruken eller formuleringen kunne telle mindre.

NAD 1988 s.880 er illustrerende. Det forelå en årelang praksis for at kirketjeneren ringte med kirkeklokker ved begravelser, i stedet for å møte ved båresenkning, slik arbeidsinstruksen fastsatte. Den nye sogneprest anså denne praksis uheldig, og påla kirketjeneren å møte frem, noe kirketjeneren ikke gjorde. Retten fant at det forelå så graverende brudd på lydighetsplikten at avskjed var berettiget. Det var ikke avgjørende at advarsel ikke var gitt, idet forholdet hadde gjentatt seg over lengre tid, på tross av at forholdet stadig hadde vært påpekt.

Har man fått stadige presiseringer over tid på hvordan man skal utføre arbeidsoppgavene, bør det ringe en bjelle for vedkommende. Her bør det fortone seg som ganske selvsagt for

¹³ Dege(2003)s.530.

hvordan man ikke kan opptre. Da bør man ikke legge for mye vekt på hvordan arbeidsgiver direkte har ordlagt seg.

På den annen side kan dette også slå motsatt ut. Selv om man har uttrykt seg i nokså klare ordelag, er det ikke selvsagt at vedkommende har oppfattet dette som en advarsel eller irettesettelse. Ved gjentatte tilbakemeldinger bør man nok skjønne alvorret, men i enkelte situasjoner kan man, omstendighetene tatt i betraktning, ha ulike oppfatninger. I for eksempel en stresset og hektisk situasjon med ulike meldinger frem og tilbake, kan oppfatningsevnen variere i stor grad fra person til person. Under slike omstendigheter bør klarhetshensynet stå sterkt. Likedan der man bare får en kjapp tilbakemelding, i stedet for en tilbakemelding under rolige og beherskede forhold. Arbeidsgiver skal forsikre seg om at vedkommende har forstått budskapet.

I det følgende forutsetter jeg at det er på det rene at "noe" har foregått. En ansatt har gjort "noe" irregulært. Vi legger til grunn at vedkommende har fått en *tilrettevisning* om at "han/hun må ta seg sammen". Bør man i en oppsigelsessak legge vekt på dette eller ikke?

Dersom man mottar en rekke tilbakemeldinger om at man må prøve å skjerpe seg, er dette et signal om at vedkommende ikke mestrer arbeidsoppgavene sine. Dette i seg selv taler for at en bør kunne vektlegge tilrettevisningene. Man viser nemlig ikke evne til å forbedre seg. Men så kan man på den annen side spørre seg: Hvorfor har ikke arbeidsgiver slått hardere ned på dette før? Hvorfor har man latt det hele gå sin gang uten å understreke betydningen av dette? Det virker urimelig overfor arbeidstaker at en skal kunne dra inn en rekke uformelle tilbakemeldinger i en oppsigelsessak, dersom man ikke har fått tydeliggjort betydningen av dette tidligere.

RG 1961 s.262 er illustrerende: Det hadde blitt sagt fra til vedkommende ved enkelte anledninger at det var forhold som måtte rettes på, men bedriften lot "*det hele gå sin skjeve gang*". Så slo de plutselig til med en alvorlig advarsel uten at vedkommende fikk anledning til å forklare seg. Poenget er at det må være forutsigbart for den ansatte. Bedriften burde på et tidligere stadium hevdet sin autoritet overfor arbeidstakeren.

Så kommer spørsmålet; hvorfor må arbeidsgiver gå til det skrittet å advare arbeidstakeren om at han eller hun kan få sparken? Alle vet jo (i alle fall *bør* vite) at dersom man gjentatte ganger ikke overholder arbeidsavtalen sin, så kan man risikere å bli sagt opp. Er det ikke da urimelig overfor arbeidsgiver at de må meddele vedkommende en ”korrekt” advarsel for at misligholdelsen(e) skal tillegges vekt. Skal vedkommende kunne skli unna fordi det ikke kan erkjennes at han/hun har fått en ”korrekt” advarsel? En arbeidstaker kan jo faktisk spekulere i dette og slå seg til ro med at han/hun ikke trenger å skjerpe seg før man har fått en ”korrekt” advarsel. Kan vedkommende da bare fortsette å komme for sent fordi han/hun vet at man ikke kan vektlegge dette i en saklighetsvurdering? Selvsagt bør det ikke være slik. Dette er et argument for at også uformelle tilbakemeldinger og tilrettevisninger skal kunne vektlegges i en vurdering.

Så kan man på den annen side hevde at det er arbeidsgiver som bør ha ”risikoen” for at praksis med å følge opp sine arbeidstakere er forsvarlig/korrekt. Det er arbeidsgiver som skal sende ut de riktige signalene til arbeidsstokken. Noen arbeidsgivere er mer passive, mens andre er raskt ute med å slå ned på unnasluntring. En arbeidsgiver kan jo takke seg selv dersom man til stadighet ser gjennom fingrene eller ikke er tydelig nok i sine tilbakemeldinger, selv om det helt klart er umoralsk av en arbeidstaker å spekulere i unnasluntring.

I en nylig avsagt dom fra Høyesterett, inntatt i Rt.2005 s.518 (pornodommen),¹⁴ gjaldt saken gyldigheten av avskjed begrunnet i arbeidstakeres urettmessige bruk av arbeidsgivers dataanlegg ved nedlasting av pornografisk materiale. Høyesterett kom til at avskjedigelsen fremsto som en uforholdsmessig reaksjon. Heller ikke vilkårene for saklig oppsigelse ble ansett oppfylt. Dette var fordi bedriftsledelsen i lang tid, uten å reagere, var kjent med at pornografisk materiale ble lastet ned.

”At ledelsen over så lang tid har vært oppmerksom på et omfattende misbruk uten aktiv oppfølging av reglene, har betydning også fordi det kunne være egnet til å skape det inntrykk hos de ansatte at man så gjennom fingrene med dette.” (Avsnitt 50).

¹⁴ Dommen blir grundigere gjennomgått nedenfor i kap. 5.

Denne uttalelsen betyr at en advarsel eller et signal fra arbeidsgiver om at man vil kunne slå ned på uregelmessigheter, mister sin vekt dersom man ikke følger opp sine egne retningslinjer. Utfallet av saken ville sannsynligvis blitt et annet dersom ledelsen tok tak i uregelmessighetene med engang. Det kan vi nok med sikkerhet slå fast. Men uttalelsene fra Høyesterett legger indirekte også opp til en annen problemstilling: Hvor langt tilbake i fortiden kan egentlig arbeidsgiver grave?¹⁵ Hva kan arbeidsgiver legge vekt på? Hvis arbeidsgiver sier: "... men han/hun var jo egentlig ikke så veldig flink uansett..." Hva mener man med en slik uttalelse?

Vi må igjen ta utgangspunkt i beviskravet og klarhetskravet. Med en slik uttalelse er det sannsynlig at arbeidsgiver ikke kan bevise at vedkommende har fått noen advarsel. Hvis vi forutsetter at arbeidstakeren aldri har fått noen advarsel - kan da arbeidsgiver skli unna et slikt krav ved å si at vedkommende uansett ikke var så flink? Arbeidsgiver har naturlig nok et behov for å avslutte arbeidsforholdet: Vedkommende kommer f.eks. til stadighet for sent. Men hva med hensynet til arbeidstaker? Hva om en rett og slett ikke skjønnte at man kom for sent? Det kan tross alt være mange naturlige årsaker til for sent kommingen. Poenget er at arbeidsgiver må gjøre det klart for arbeidstaker at han/hun har gjort noe ureglementert, og – på bakgrunn av uttalelsene i pornodommen – arbeidsgiver må følge opp sine egne retningslinjer for at noe skal kunne vektlegges. I desto større grad man ser gjennom fingrene på ting, jo mer aksepterer man atferden - og mindre vekt bør det få ved senere anledninger. Utsagnet; "han/hun var jo ikke så flink uansett", beviser ingenting bortsett fra at arbeidsgiver vil kvitte seg med vedkommende. Hvis bedriften har noe å utsette på vedkommende, må arbeidstakeren få signaler om at han/hun gjør en dårlig innsats, samt at man må få en mulighet til å rette opp i det.

Som jeg var inne på tidligere innebærer styringsretten en plikt for arbeidsgiver til å si *klart* i fra. Dette er av hensyn til arbeidstakers forutsigbarhet. Tilrettevisninger gir ikke like klare signaler som advarsler. Dette er et moment for at uformelle tilbakemeldinger ikke bør

¹⁵ Denne problemstillingen blir også berørt i kap. 6.

legges vekt på i like stor grad som advarsler. På den annen side er nettopp hele poenget forutsigbarhet. Jo flere irettesettelser man mottar, desto mer øker forutsigbarheten for vedkommende. Da bør det ikke være avgjørende for hvordan misnøyen uttrykkes.

NAD 1988 s.1240 er illustrerende: *"Etter rettens oppfatning er det grunn til å kritisere ledelsen [...] for ikke å ha gitt A en uttrykkelig advarsel før han ble sagt opp. [A må uansett] ha skjønt at hans ansettelsesforhold hang i en tynn tråd. Retten viser her til at A en rekke ganger fikk muntlige korrekser og anmodninger om å ta seg sammen. A må videre ha forstått at det i lengden ikke ville bli tolerert at de øvrige arbeidstakerne skulle rette hans feil."*

Dette er et uttrykk for gjeldende rett. Misnøye med arbeidstakeren *bør* fremsettes gjennom en konkret advarsel, men det er likevel ikke avgjørende at reaksjonen ikke har en slik form.

5 Signaler gitt på forhånd

5.1 Problemstilling

I kapittel 3 tok jeg opp problemstillingen om den glidende overgangen fra uformelle tilbakemeldinger til konkrete advarsler og i kap. 4 definerte jeg begrepet advarsel. Nå skal jeg ha en annen vinkling og se på om det er naturlig å betegne *forhåndssignaler* for advarsler.

Man kan reflektere over om det er innlysende å karakterisere signaler som er gitt på *forhånd*, for eksempel markeringer av sanksjoner i et arbeidsreglement, for en advarsel. Passer dette på en advarsels form og innhold? Hvordan stiller slike forhåndsvarsler seg til definisjonen?

Det sentrale med advarsler er, som tidligere nevnt, forutsigbarhet for arbeidstakeren. Man skal kunne innrette seg etter arbeidsgivers instruksjoner. Likevel, hvis ”noe” skal vektlegges, må arbeidsgiver gjøre de ansatte kjent med direktiver om arbeidsutførelse og opptreden.

Jfr. for eksempel Eidsivating lagmannsretts avgjørelse av 15.8.1994: Oppsigelse ble funnet usaklig og erstatningsbetingende, idet det ikke var gitt klare direktiver om arbeidsutførelsen og heller ikke noen advarsel.

Dette kan også gjøres ved et arbeidsreglement. Spørsmålet er om varsler og signaler i et arbeidsreglement er det samme som en advarsel.

Den tidligere omtalte pornodommen (Rt.2005 s.518), er illustrerende for problemstillingen. Saken gjaldt som nevnt gyldigheten av avskjed begrunnet i arbeidstakeres urettmessige bruk av arbeidsgivers dataanlegg ved nedlasting av pornografisk materiale. Det var på det rene at arbeidstakerne hadde brukt dataanlegget urettmessig og brutt arbeidsreglementet,

bl.a. retningslinjer for bruk og styring av e-post, Internet mv. Arbeidsreglementet slo fast at brudd på retningslinjene kunne få konsekvenser på arbeidsforholdet.

Det var ikke noe tema for retten om retningslinjene i arbeidsreglementet skulle karakteriseres som en advarsel eller ikke, men faktum i saken er likevel interessant for vår problemstilling.

Arbeidstakerne var kjent med arbeidsreglementet og de var klar over at nedlasting av pornografi var i strid med reglene. I reglementet var det forklart hensynene bak bestemmelsene (sikkerhetshensyn). Videre kom det klart og tydelig frem at brudd på reglementet kunne få konsekvenser for arbeidsforholdet. En advarsels sanksjonspreg kommer dermed frem. Så langt er dette i tråd med hva vi legger i begrepet advarsel.

Forskjellen er imidlertid at man ved slike forhåndsvarsler markerer en sanksjon *før* man har begått handlingen. En advarsel, jfr. ordlyden i definisjonen, er en reaksjon som ilegges *etter* å ha begått en handling ("*reaksjon som ilegges*"). Dette er det springende punkt som skiller "tradisjonelle" advarsler fra forhåndssignaler. En "advarsel" i form av et arbeidsreglement passer altså ikke hundre prosent til definisjonen. Når man leser "advarselen" på forhånd har man jo ikke fått noen reaksjon fra arbeidsgiver ennå. Den kan jo eventuelt ikke bli ilagt *før* *etter* en handling. På den annen side; man har jo blitt advart på forhånd, slik at man er klar over at en viss handling kan få konsekvenser for arbeidsforholdet. Det kan derfor være mer naturlig å si at markeringer eller signaler som er gitt på forhånd, i medhold av for eksempel et arbeidsreglement, kan benyttes som en *erstatning* for det vi legger i begrepet advarsel. Terminologisk er det to ulike institutter eller styringsinstrumenter for arbeidsgiver, men resultatet av det kan likevel bli det samme. Det blir imidlertid et spørsmål om vekt.

Før vi går over til å drøfte vektspørsmålet vil jeg se nærmere på pornodommen. Faktum i saken er interessant på flere måter. Etter at bedriftsledelsen ble kjent med nedlastingen av pornografi, ble det ved flere anledninger gitt skriftlige påminnelser (både brev og e-post) om regelverket. Det ble påpekt at nedlasting av datafiler fra Internet reduserer kapasiteten,

og at det også kunne være kilde til spredning av datavirus. Samtidig ble det gjort oppmerksom på at brudd på retningslinjene kunne medføre disiplinærtiltak.

Nå blir situasjonen en annen fordi arbeidsgiver, *etter* at noe konkret har skjedd, tar affære. Denne reaksjonen har et klart preg av å være en advarsel. De ansatte ble tydelig gjort oppmerksom på hva det ble siktet til (nedlasting av pornografi), det ble vist til regelverket som sier at dette er forbudt, og det ble vist til eventuelle sanksjoner. De det gjaldt var også klar over hva bedriftsledelsen mente om slik nedlasting. Likevel er det ikke fullstendig innlysende at reaksjonene i etterkant kan sies å være en advarsel. Det er uklart hva arbeidsgiver faktisk *mente* med reaksjonen. Fremgangsmåten til arbeidsgiver hadde nemlig et mer preg av å være en påminnelse i stedet for en sanksjon. Meldingen ble dessuten sendt ut til alle ansatte. Hvis det var ment som en advarsel bør det også stilles krav til saksbehandlingen (se nærmere i kapittel 7.2.)¹⁶ Men selv om det kan stilles spørsmålstegn ved saksbehandlingen, er det mye som taler for at reaksjonen fra arbeidsgiver er å betrakte som en advarsel. Det at saksbehandlingen er mangelfull, rokker ikke ved at reaksjonen karakteriseres som en advarsel.

5.2 Vekt forhåndssignaler

Ovenfor konkluderte jeg med at forhåndssignaler gitt i medhold av for eksempel et arbeidsreglement, ikke passet helt til definisjonen av begrepet advarsel. Det betyr imidlertid ikke at handlinger i strid med forhåndssignaler ikke skal legges vekt på i en vurdering. Rt. 1992 s.1023 (flykapteindommen) og Rt.1994 s.369 (kapteinsirkulær) er illustrerende (begge omtalt i kapittel 3.2).

Arbeidsgiver har da gitt klare og tydelige signaler på forhånd om at enkelte handlinger ikke aksepteres og vil bli slått ned på. Det må da være klart at bevisste¹⁷ handlinger i strid med reglementet bør vektlegges. Rimelighetshensyn taler for at hvis ”noe” skal vektlegges i en

¹⁶ Arbeidstaker bør blant annet få muligheten til å uttale seg, legge ved sin versjon i personalmappen osv.

¹⁷ Vurderingen blir annerledes dersom handlingen var ubevisst, jfr. drøftelse i bl.a. kap.4.3.

vurdering, så må arbeidsgiver gjøre de ansatte klar over dette på forhånd. Dette oppfylles i de tilfeller hvor det klart og tydelig står i et reglement hva som må etterleves. Dette forutsettes selvsagt av at arbeidsgiver gjør reglementet tilgjengelig for arbeidstakerne. I for eksempel pornodommen var praksis at de ansatte i selskapet undertegnet en erklæring der de bekreftet at de hadde mottatt de etiske regler, var kjent med disse, og forpliktet seg til å etterleve dem.

Et motargument for å legge for stor vekt på signaler som er gitt på forhånd, er der hvor det er gitt mange vage og generelle føringer. Det kan da åpnes for ulike tolkningsalternativer. Med upresise og flertydige formuleringer kan det også fremstå som at arbeidsgiver vil prøve å "fange opp" flest mulig situasjoner. Dette styrker neppe forutsigbarheten for de ansatte. Klarhetshensynet slår inn her. Men motsatt – der det er klare og tydelige signaler for gitte situasjoner – taler det for at handlinger i strid med signalene eller "advarslene" bør vektlegges. Dette kan for eksempel være hvor det uttrykkelig står at for sent komming ikke aksepteres og vil få konsekvenser for ansettelsesforholdet ved gjentakelser.

5.3 Rettstilstanden etter Rt.2005 s.518 (pornodommen)

Problematikken rundt advarsler har blitt mer interessant etter pornodommen. Her legger Høyesterett i større grad enn tidligere vekt på arbeidsgivers passivitet eller "stilltiende aksept". Hvis vi sammenligner pornodommen med flykapteindommen og kapteinsirkulærdommen, ser vi at Høyesterett i pornodommen har et mye mer fokus på i hvilken grad arbeidsgiver har fulgt opp sine egne retningslinjer.

Fra avsnitt 49 i pornodommen: "... ved den bredere vurdering av rettmessigheten av avskjeden som må foretas, er det nødvendig også å se hen til i hvilken grad selskapet overfor de ansatte på Ekofiskfeltet har fulgt opp arbeidsreglement og retningslinjer på dette punkt. Og da står det klart at bedriften gjennom lang tid har vært kjent med at det forekom surfing og nedlasting fra nettsider med pornografisk innhold, uten at det har vært gjort andre undersøkelser med sikte på å avdekke misbruket."

I flykapteindommen og kapteinsirkulærdommen blir imidlertid denne problematikken ikke vektlagt i det hele tatt. Dette er interessant, fordi alle disse tre sakene har et forholdsvis

sammenlignbart hendelsesforløp. I alle sakene hadde arbeidsgiver gitt forhåndssignaler til de ansatte, enten gjennom et arbeidsreglement, sirkulærer eller annen varsling. Videre var arbeidsgiver i alle tilfellene klar over at de aktuelle overtredelsene (smugling eller nedlasting av porno) forekom. (Hvor ofte og i hvor stor grad det foregikk smugling er usikkert, men at det skjedde og var et problem for arbeidsgiver, kommer til uttrykk i begge ”smuglerdommene”). I alle sakene var det kjent at mislighold kunne få konsekvenser for arbeidsforholdet.

Det var på bakgrunn av selskapets manglende oppfølging, til tross for kunnskap om at det over tid forekom misbruk, at avskjeden i pornodommen ble funnet urettmessig. Avskjeden ble heller ikke opprettholdt som oppsigelse. Så vidt meg bekjent er dette den eneste dommen i norsk rett, som på bakgrunn av ”advarsel”, mislighold og arbeidsgivers passivitet, ikke holder til oppsigelse eller avskjed. Spørsmålet er om Høyesterett er i ferd med å stake ut en ny kurs. Dommen skaper presedens i den forstand at man må vektlegge arbeidsgivers manglende oppfølging av egne regler og retningslinjer der de er kjent med overtredelser.

Det er vanskelig å si hvorfor Høyesterett ikke tok opp denne tråden i ”smuglerdommene”. Dette blir bare spekulasjoner, men kanskje det eksisterer en oppfatning om at smugling er en alvorligere og grovere handling, enn nedlasting av pornografisk materiale. Dette kan man ikke lese ut av Høyesteretts premisser, men siden smugling kunne fått store konsekvenser for selskapene, kan det være at man er mer tilbøyelig å la hensynet til arbeidsgiver gå foran hensynet til arbeidstaker. I pornodommen fant ikke retten det sikkerhetsmessige aspektet utslagsgivende. Høyesterett mente i stedet at arbeidsgivers handlemåte bar preg av vilkårlighet. Her lot man altså hensynet til arbeidstaker gå foran arbeidsgiver.

Et annet aspekt ved sammenligningen av flykapteindommen og pornodommen, er at i pornodommen var det en uttrykkelig ”advarsel” i arbeidsreglementet, mens det i flykapteindommen ikke var det. Dette reiser spørsmålet om disse forholdene i realiteten

kan behandles likt. Der hvor man har et uttrykkelig forbud mot noe i et reglement, kan man kanskje hevde at lista ligger lavere for å legge vekt på et forhold i strid med reglementet. Her har man tross alt en uttrykkelig bestemmelse, til forskjell fra der man for eksempel mottar muntlige signaler. På en annen side – i pornodommen var det nettopp en uttrykkelig bestemmelse i reglementet som ble brutt, og her ble arbeidstakerne frikjent. I flykapteindommen hadde man ikke noe uttrykkelig forbud i et reglement, og her ble resultatet det motsatte.

Man må selvsagt være bevisst på at det også er andre forhold som spiller inn for begrunnelsen av disse avgjørelsene, men refleksjonene er likevel interessante. En måte å se problematikken på er at andre typer forhåndssignaler enn de som er gitt i et reglement, for eksempel sirkulærer og muntlige varsler, er et *tillegg* til et arbeidsreglement eller et ordensreglement. Man beveger seg inn på et område som får samme status som et reglement. Poenget her er jo at man skal ha fått et signal/varsel på forhånd, da bør man ikke legge for mye vekt på hvordan man har fått det. Handler man i strid med ”advarselen” vil man uansett være i ”ond tro”.

5.4 Konklusjon

Etter gjeldende rett har man ikke noen klare retningslinjer for hva en arbeidsgiver kan legge vekt på og ikke legge vekt på i en saklighetsvurdering. I rettspraksis er det flere eksempler på at arbeidsgiver får kritikk for at det ikke er gitt konkrete advarsler, men likevel kommer retten til at oppsigelsene er saklige. Begrunnelsene er ofte at signalene fra arbeidsgiver burde eller måtte være forutsigbart for arbeidstaker. Av hensyn til arbeidsgiver kan dette være positivt. De er ikke opptatt av hvordan misnøyen utformes, men at vedkommende skjerper seg.

Hensynet til arbeidstaker tilkjenner imidlertid en annen løsning. Klarhetshensynet taler for at arbeidsgiver bør komme med en reaksjon som klart og tydelig redegjør for hva som er galt, hvorfor det er galt og hvilke konsekvenser gjentakelser vil medføre for at det skal vektlegges. Dette er i tråd med intensjonen bak en advarsel. Da har arbeidstaker noe helt

konkret å forholde seg til. En arbeidstaker bør ikke leve i uvisshet om hva en tilbakemelding skal bety. I praksis ville det derfor ha vært en fordel for arbeidstakerne at de kunne forholde seg til at det kun var advarsler i sin rette form som ville blitt vektlagt i en vurderingssak. Da blir det arbeidsgivers ansvar å konkret skille mellom hva de ulike tilbakemeldingene skal bety. Hensynet til bevis taler for at det bør stilles formkrav, og da er det mest hensiktsmessige et vilkår om skriftlighet. De lege lata har arbeidsgiver bevisbyrden for at det er gitt en advarsel og slik bør det også være i fremtiden.

6 Vurderingen og vektleggingen av advarsler ved avslutning av et arbeidsforhold. Betydningen av tidligere forhold – tidselementet

6.1 Hovedregel

Utgangspunktet i norsk rett er at man kan legge vekt på tidligere forhold når man skal vurdere sakligheten av en oppsigelse/avskjed. Dette ble slått fast av Høyesterett i Rt.1963 s.1013. I denne saken uttaler førstvoterende at *”det må være riktig å se de eldre og nyere forhold i sammenheng og å gi dem en samlet bedømmelse* [selv om tidligere forhold var avgjort med advarsel og suspensjon uten lønn]” (side 1019). Dette utgangspunktet er fulgt opp i flere saker, senest i Rt.2002 s.273. Jeg kommer nærmere inn på faktum i Rt.1963 s.1013 nedenfor.

En avgjørelse som gir en god illustrasjon for betydningen av tidligere forhold, er en underrettsdom avsagt av Tromsø byrett inntatt i NAD 1981-1983 s.387: Den umiddelbare bakgrunn for oppsigelsen var at saksøker hadde et trafikkuhell med en buss, grunnet egen uaktsomhet. Som en følge av dette ble hans førerkort inndratt av politiet og han ble oppsagt da selskapet ikke kunne bruke en mann uten førerkort. Det var imidlertid klart at saksøkers tidligere forhold veide tungt ved avgjørelsen. Saksøker hadde blant annet fått skriftlige advarsler for; unnlatt å følge ruteplanen, unnlatt å vente på ferge med passasjerer, unnlatt å tilse passasjerer i forbindelse med trafikkuhell, samt å ha vært uregelmessig med billettoppgjør. Ved én anledning hadde personalforeningen innstilt på disiplinær forfølgning mot saksøker. Retten la vekt på at saksøkte gjennom lang tid hadde gjort seg skyldig i en rekke tjenesteforsømmelser.

Som jeg har vært inne på tidligere, er det ikke noe vilkår for oppsigelse at det er gitt en advarsel. En dom som tidlig ga uttrykk for dette er Rt.1956 s.578. Det er tilstrekkelig at oppsigelsen er saklig grunngitt og da *kan* det være av betydning om advarsel er gitt. Man må likevel ta et lite forbehold. Som det følger av Rt.1956 s.578, er det ikke grunn til å legge avgjørende vekt på om det er gitt advarsel for et forhold når vedkommende er klar over, eller burde være klar over, at man gjorde noe galt. Det sier seg selv at man ikke kan kreve at det er gitt advarsel for alle typer forhold. En advarsel er for eksempel neppe

påkrevd der bankkassereren tar med seg kassa hjem.¹⁸ Desto grovere forholdet er, jo mindre er det krav om advarsel for at en oppsigelse/avskjed skal være gyldig.¹⁹

Dersom det er gitt en advarsel, kan ikke arbeidstaker bli oppsagt/avskjediget uten at noe nytt er kommet til. Dette ble slått fast i Hoaas-saken Rt.1982 s.1729: *”Når skolemyndighetene i 1977 hadde nøydt seg med en advarsel, innebar dette at A senere ikke kunne avskjediges uten at noe nytt kom til”* (s. 1735).

Om tidligere advarsler skal legges vekt på, må bero på en konkret vurdering. Retten må for eksempel ta stilling til grunnlaget for den tidligere advarsel når man skal vurdere betydningen av denne.²⁰ Reelle hensyn taler for at det er hensiktsmessig å gå tilbake og se på årsaken til de eldre forhold. Det kan for eksempel være særlige grunner som gjorde at vedkommende ofte kom for sent på jobben eller uteble i perioder. Dersom den direkte årsaken til fraværet er eliminert og situasjonen har stabilisert seg, er det gode grunner som taler for at man kan se bort fra disse forholdene, jfr. NAD 1984-1985 s.526.

NAD 1984-1985 s.526 gjaldt oppsigelse av miljøarbeider ved vernehjem p.g.a. sykefravær. Vedkommende hadde vært mye borte fra jobben grunnet alkohol- og voldsbruk i ekteskapet. Da oppsigelsen kom var vedkommende separert og sykefraværet normalt. Retten så derfor bort fra sykefraværet, siden hovedårsaken til fraværet var eliminert.

En advarsel har også liten vekt dersom det kan legges til grunn at arbeidsgiver selv kan bebreides for vanskelighetene som har oppstått.²¹ Det kan for eksempel tenkes at bedriften burde ha håndtert en situasjon på en bedre og smidigere måte. Svakheter hos ledelsen kan være årsaken til at situasjonen ”blåste opp” og da bør også arbeidsgiver klandres for forholdet.

RG 1964 s.234 er illustrerende. Ved oppsettelse av en skiftplan hadde et ruteselskap handlet ukorrekt og på en måte som var krenkende for en sjåfør som i mange år hadde vært i selskapets tjeneste. Han nektet å

¹⁸ Jfr. også Johansen(1997)s.63.

¹⁹ Dege(1997)s.293.

²⁰ Dege(2003)s.535.

²¹ Fanebust(2001)s.251.

godta planen og ble sagt opp fra stillingen. Vedkommende ble gitt erstatning. Det var ikke avgjørende at det var gitt advarsel.

Som jeg tidligere har vært inne på, må det også legges vekt på hvor tydelig advarselen er formulert. Samtidig må det vurderes hvor lang tid det er gått mellom den første advarselen til ny reaksjon. Som nevnt i kap. 2 om innrettelseshensynet, bør arbeidstaker ha en viss tid til å innrette seg. Hvor lang tid som må foreligge mellom forholdene er vanskelig å tidfeste. Dette må baseres på skjønn. I Hålogaland lagmannsretts dom av 10.05.2000 ble oppsigelsen kjent ugyldig fordi arbeidstaker ikke var gitt anledning til å innrette seg etter forhold påpekt i advarselen. Det var én uke mellom advarsel og oppsigelse.

I NAD 1981-1983 s.350 fikk arbeidstaker en ”*alvorlig advarsel*” etter bare å ha jobbet der i to uker. Et par dager etter advarselen ble vedkommende syk og var borte i 3 dager. Da han kom tilbake på jobb fikk han oppsigelse. Oppsigelsen ble kjent saklig. ”*Retten har vært i en viss tvil med hensyn til hvilken betydning det bør ha at oppsigelsen ble gitt etter meget kort ansettelse og uten at saksøkeren fikk særlig tid til å vise at han ville rette seg etter butikksjef Skjerpings alvorlig advarsel. Retten har allikevel funnet at disse forhold ikke er tilstrekkelige til å sette saksøktes skjønn til side.*”

I ARD 1979 s.43 fikk arbeidstaker en ”påpekning” om hyppig for sent komming. Dette var på en fredag. Den påfølgende tirsdag kom vedkommende for sent igjen og ble oppsagt. Retten kom til at ”*bedriften gikk for hurtig og drastisk til verks*”. Vedkommende burde få ”*en mer rommelig sjanse til å vise at han i fremtiden ville overholde arbeidstiden*” (side 46).

I vurderingen kan det også ha betydning at de nye forhold er av lignende art som de eldre forhold. Har man eksempelvis mottatt en advarsel for å være beruset på jobb, vil det kunne vektlegges at man ved en senere anledning dukker opp med sterk bakrus. Da har vedkommende tydeligvis ikke klart å innrette seg. Det er imidlertid ingen betingelse at nye forhold skal være av liknende art som de eldre for at de skal kunne trekkes inn. Etter at vedkommende har fått en advarsel må vedkommende være klar over at han eller hun er under oppsyn og at handlefriheten derfor er begrenset.²² Rt.1963 s.1013, som er nevnt innledningsvis i dette kapittelet, er illustrerende: Beruselse i tjenesten var den direkte årsaken til oppsigelsen. Tidligere hadde vedkommende fått påtale for økonomiske forhold. Det var ikke noe slektskap mellom disse forholdene, men de lå nær opp til hverandre i tid. Retten fant derfor ingen grunn til ikke å legge vekt også på de eldre forhold.

²² Fanebust(2001)s.252.

Til ytterligere illustrasjon – et sitat fra Hoaas-saken: ”Samtidig var advarselen et varsko til A om å innrette sin undervisning og sin opptreden for øvrig slik at avskjedsspørsmålet ikke ble tatt opp på ny. Videre innebar advarselen at om noe nytt kom til, ville dette måtte vurderes sammen med det som tidligere forelå. Jo mer alvorlige de forhold var som hadde ledet til advarselen, desto mindre ville det måtte kreves av nytt for at det kunne lede til avskjed” (s. 1735).

Selv om man kan legge vekt på eldre forhold som er av ulik art, må det være en viss relevans og sammenheng i de grunnlag som påberopes, som et signal for arbeidstakers vilje og evne.²³ I Hålogaland lagmannsretts dom av 6. juli 1999 kom retten til at arbeidstakers opptreden og brudd på arbeidsreglement ikke kunne brukes som oppsigelsesgrunn ett år etter at advarselen var gitt. Ureglementert telefonbruk, som utløste oppsigelsen, kunne ikke settes i saklig sammenheng med hva arbeidstakeren tidligere hadde fått advarsel for. Et hvilket som helst annet forhold, som ikke har noe med grunnlaget for oppsigelsen, kan altså ikke benyttes.

For arbeidstakere som er med i en AKAN-ordning,²⁴ gjelder det et spesielt advarselssystem. Rt.1999 s.163 (AKAN-dommen) er av stor interesse her:

En brannmann med ca. 20 års tjeneste i kommunen ble i 1987 dømt for promillekjøring. Høsten 1992 møtte han tre ganger på jobb i påvirket tilstand. For dette ble han tildelt muntlig advarsel. Februar 1993 uteble han fra jobb pga. beruselse. For dette ble han meddelt skriftlig advarsel med tilbud om AKAN-ordning, noe han aksepterte. November 1993 ble han igjen tatt for promillekjøring. Mars 1994 møtte han nok en gang beruset på jobb. Han ble sagt opp, men oppsigelsen ble underkjent og vedkommende fikk fortsette i tjenesten. Han ble da meddelt at han ville bli avskjediget dersom han i fremtiden skulle være påvirket av alkohol på jobb eller på vei til jobb. Videre ble han gjort kjent med at han etter arbeidsgivers oppfatning ikke lenger var under AKAN-ordningen. I august 1996 møtte han på ny i alkoholpåvirket tilstand og ble avskjediget. Byretten kjente avskjedigelsen ugyldig. Lagmannsretten kom til motsatt resultat.

Som en følge av henvisningen i ansettelses- og arbeidsreglementet var AKAN-retningslinjene en del av reglementet. På denne bakgrunn var arbeidsgiver som hovedregel pliktig til å følge det advarselssystemet som retningslinjene fastsatte. Et sentralt spørsmål for Høyesterett var om en bestemmelse i retningslinjene om at advarsler eldre enn to år skulle anses bortfalt, måtte avskjære arbeidsgiver fra i samsvar med arbeidsmiljøloven å

²³ Dege(2003)s.535.

²⁴ AKAN er en forkortelse for Arbeidslivets komité mot alkoholisme og narkomani.

påberope seg tidligere forhold. Tre dommere la til grunn at toårsfristen ikke var til hinder for å legge vekt på tidligere pliktbrudd:

”Selv om retningslinjene synes utformet med sikte på personer som ikke tidligere har hatt et AKAN-tilbud, må det også ved den konkrete vurderingen ved gjentakelse legges vekt på at arbeidsgiveren har knyttet seg til AKAN-ordningen. Til tross for dette har jeg kommet til at avskjeden ikke kan kjennes ugyldig.” (side 170).

De la vekt på at de tidligere forhold var grove. Det ble også vektlagt at han etter oppsigelsessaken fikk klar beskjed om at gjentakelse ikke ville bli tolerert. Til tross for dette møtte han på ny med promille. Videre ble det særlig lagt vekt på at det av sikkerhetsmessige grunner er svært viktig at tjenestemenn i brannvesenet er edru - både av egen og kollegaenes sikkerhet. Avskjeden ble ikke kjent ugyldig.

De to øvrige dommerne kom til at retningslinjene måtte forstås slik at det i utgangspunktet skal ses bort fra tidligere alkoholforseelser når toårsfristen etter siste forseelse er utløpt, men at det må gjøres en reservasjon for særlige alvorlige tilfelle. Det ble da siktet til tilfeller hvor man står overfor så alvorlige pliktbrudd at det ville virke ”åpenbart urimelig” å anse arbeidsgiveren avskåret fra å bringe arbeidsforholdet til opphør. Også disse to dommerne kom derfor til at avskjeden var rettmessig.

6.2 Tidselementet – kan en advarsel foreldes?

Som nevnt ovenfor er utgangspunktet at man kan legge vekt på tidligere forhold i en saklighetsvurdering. Samtidig har jeg flere steder påpekt at arbeidstaker må få tid på seg til å vise at man kan innrette seg etter advarselen. Reelle hensyn taler for at en advarsel kan foreldes dersom arbeidstakeren overbeviser om at han/hun har klart å innrette seg. Går det lang nok tid vil ikke arbeidsgiver ha noe å utsette på vedkommende. Arbeidstaker har da klart å endre atferden slik arbeidsgiver ønsker. Hvor lang tid som må gå er vanskelig å slå fast. Dette må bero på en konkret vurdering hvor flere forhold kan spille inn. Om forholdene er av lignende karakter vil trolig være et sentralt moment i vurderingen.

Igjen er Rt.1963 s.1013 illustrerende. Her ble forhold som lå ett år tilbake i tid funnet relevant. Vedkommende hadde bl.a. enda en gang misbrukt alkohol i tjenesten. Retten legger klart vekt på at det nye forholdet har samme karakter som det vedkommende fikk påpekning om tidligere. I tillegg legger retten vekt på at man stod overfor ”*meget alvorlig[e]*” forhold (økonomiske forhold).

I Gulating lagmannsretts dom av 21. juni 1996 mente retten at advarselen burde ha begrenset vekt siden den var gammel og det senere ikke hadde vært noe å utsette på vedkommende. Arbeidstakeren ble ansatt 24.07.93, mottok skriftlig advarsel 31.08.93 og ble oppsagt 28.11.94. Det var altså ca. 15 måneder mellom advarselen og oppsigelsen.

I Hålogaland lagmannsretts dom av 2. desember 1994 ble vedkommende sagt opp i september 1993. Den utløsende årsaken var unnlatt oppmøte på et kurs. Det ble i tillegg vist til en rekke tidligere advarsler. Advarslene (6 stk.) ble gitt i perioden september 1988 til februar 1993. Retten påpekte at det var advarsler som lå 5 år tilbake i tid og at de fleste gjaldt bagatellmessige forhold. Retten fant likevel oppsigelsen saklig og begrunnet dette med at advarslene ble gitt med jevne mellomrom over lengre tid. Det alvorlige lå ikke i forholdenes karakter, men gjentakelsene. Advarslene viste at vedkommende ikke klarte å innrette seg.

I tilknytning til Hålogaland lagmannsretts dom av 2.12.1994 skriver Thor-Erik Johansen i sin bok; *Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold*, 3 utg. s. 146, at det synes som retten "underforstått" ser bort fra advarslene, men at de antageligvis var med i helhetsbildet da det nye forholdet ble vurdert. Med all respekt; jeg har problemer med å forstå forfatteren her. For meg er det helt opplagt at retten bygger sin begrunnelse på advarslene. Retten påpeker uttrykkelig at advarslene ligger noe tilbake i tid. Det synes for meg at retten understreker dette fordi at tidsmomentet i seg selv *kan* tale for at advarslene bør være foreldet. Det er imidlertid flere forhold som må tas i betraktning. Det er nettopp det at vedkommende med jevne mellomrom og over lengre tid har mottatt advarsler, som gjør at man må se bort fra tidsmomentet og at advarslene ikke er foreldet. Vedkommende viser nemlig at han verken har evne eller vilje til å forbedre seg. Derfor finner retten advarslene relevant og legger vekt på disse. Det er mulig Johansen mener at retten underforstått bare legger vekt på nyere forhold, men som forfatteren selv sier: Også de som ligger tilbake i tid er med i helhetsbildet. Det må imidlertid bety at retten nettopp ikke ser bort fra advarslene som ligger tilbake i tid...

I ARD 1980 s.253 ble det av retten påpekt at en tolv år gammel advarsel ikke burde trekkes frem. I Rt.1971 s.310 var det "[u]nder enhver omstendighet" den klare ordrenektelsen, som utløste avskjedigelsen, som var avgjørende. Det ble likevel påpekt at en åtte år gammel advarsel var relevant i helhetsvurderingen. Dette for å understreke at vedkommende "*ikke alltid hadde vært lett å samarbeide med*" (side 315).

Utgangspunktet er altså at man kan trekke inn eldre forhold i en oppsigelse, men at de ikke kan ligge for langt bak i tid. Vi kan konkludere med at en advarsel på ett eller annet

tidspunkt kan foreldes. Hvor lang tid en advarsel står seg, kan imidlertid vanskelig slås fast. Av den rettspraksis som det er redegjort for her, ser vi at det i vurderingen må legges vekt på hvor alvorlig forholdet er – både den gangen og det foreliggende, antall advarsler og type forgåelser – om forholdene er av liknende art. Dette må vurderes opp mot den tid som er gått. Mønsteret i rettspraksis tyder på at jo alvorligere forholdene er, jo flere advarsler, og jo mer forholdene ligner på hverandre, desto lengre tilbake i tid er det forsvarlig å strekke seg.

Johansen er av den oppfatning at det skal spesielle omstendigheter til for å legge vekt på en advarsel som er eldre enn fem år.²⁵

De lege ferenda kan det være hensiktsmessig med en norm om hvor lenge en advarsel kan stå seg. Det er gode grunner for å tro at dette kan være en fin påvirkning og drivkraft for arbeidstakeren. Har man først gjort noe uregelmessig – kommet for sent noen ganger – er det forsvarlig å utstede en advarsel. Dette må arbeidstaker være inneforstått med. Samtidig vil det trolig øke forståelsen og respekten for hverandre om advarselen etter en stund blir ”slettet”. Da viser man gjensidighet. Man må naturlig nok ikke ha noe å utsette på arbeidstaker i mellomtiden. Trolig vil dette føre til at samarbeidet mellom arbeidstakere og ledelse blir bedre. Har man god trivsel vil dette påvirke arbeidsresultatet. Dette vil igjen gagne arbeidsgiver. Forutsetningen må imidlertid være at man har klare retningslinjer for at advarselen ikke skal tas med i vurderingen for et senere mislighold.

Johansen forteller om et eksempel hvor 200 ansatte i et flyselskap fikk skriftlig advarsel for ulovlig arbeidsnedleggelse. Etter to år trakk selskapet tilbake advarslene, noe som førte til et *”drastisk bedret samarbeidsklima mellom ledelse og ansatte”*.²⁶

Arbeidstakere som er med i et AKAN-opplegg får etter hvert ”slettet” eldre advarsler. Man må imidlertid merke seg at arbeidsgiver ikke fraskriver seg noen rett til å bringe arbeidsavtaler til opphør, i kraft av sin styringsrett, ved å inngå en AKAN-avtale, jfr. for eksempel AKAN-dommen (omtalt ovenfor).

²⁵ Johansen(2001)s.148.

²⁶ Johansen(2001)s.145.

En annen problemstilling i tilknytning til foreldelse, er der hvor bedriften ikke reagerer innen rimelig tid om forhold som *i seg selv* kan gi saklig grunn. Her er imidlertid ikke spørsmålsstillingen om flere forhold kan inngå i en samlet vurdering, men om de kan påberopes som eneste grunnlag for avslutning av arbeidsforholdet.²⁷

Illustrerende er den tidligere nevnte pornodommen. Her ble avskjedigelsen funnet urettmessig fordi bedriften i lang tid, uten å reagere, hadde kjent til at pornografisk materiale ble lastet ned. Når arbeidsgiver her ser gjennom fingrene, gir dette signaler til de ansatte om at forholdet ikke er så alvorlig og at det ikke blir tillagt vekt.

I svensk rett er spørsmålet lovregulert: "Om uppsägningen beror på förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen, får den inte grundas enbart på omständigheter som arbetsgivaren har känt til mer än två månader..."²⁸

Det at det har gått lang tid, trenger ikke i seg selv å være nok til at forholdet må anses som foreldet. Arbeidsgiver kan ha saklig grunn for ikke å reagere med en gang, for eksempel fordi det er uklarhet om de faktiske forhold. Bedriften kan da ha et reelt behov for å undersøke saken nærmere.²⁹

²⁷ Fanebust(2001)s.278

²⁸ Lag om anställningsskydd § 7.

²⁹ Fanebust(2001)s.278

7 De første skritt ved en uberettiget advarsel

7.1 Problemstilling

Vi kan tenke oss til et eksempel hvor vurderingen for om det foreligger en saklig oppsigelse, kun baserer seg på antall advarsler. Vedkommende får først én advarsel. Arbeidstakeren kan innrette seg etter den og vise at man er skikket for jobben. Vedkommende blir imidlertid gitt enda en advarsel. To advarsler har en større argumentasjonsverdi. Da viser arbeidstakeren at man har problemer med å innrette seg. En tredje advarsel vil sannsynligvis forsterke sakligheten av en oppsigelse ytterligere.

Så blir spørsmålet: Hva hvis arbeidstakeren mener at én eller to av disse advarslene er feilaktig(e)? Hvilken beskyttelse har man mot dette? Som vi har vært inne på tidligere er det verken noe formkrav eller beviskrav (vitner etc.) knyttet til advarsler i norsk rett. Og grensegangen mellom en tilrettevisning og en advarsel er vag. Riktignok er det visse krav til *innholdet* av en advarsel. I tillegg kan man "lene seg tilbake på" at det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for at det er gitt advarsel. Men er det riktig så enkelt å belage seg på dette?

Det er et utslag av styringsretten at arbeidsgiver har valget mellom ulike reaksjonsformer overfor arbeidstakerne.³⁰ Arbeidsgiver vil naturlig nok ha nytte av advarselsinstituttet. Det er et formålstjenlig styringsinstrument og et velegnet moment i saklighetsvurderingen av en oppsigelse. Det er lett å være enig i det. Men sett fra arbeidstakers side trenger det ikke å være like enkelt. Man kan lett føle seg maktesløs overfor arbeidsgiver. Hvilke virkemidler har arbeidstaker dersom en mener at en advarsel er uberettiget? Når man ikke har noe formkrav eller beviskrav knyttet til en advarsel - vil ikke dette svekke rettsikkerheten til

³⁰ Ertzaas s.162.

arbeidstakeren? Spørsmålet blir om arbeidstakeren i det hele tatt trenger å akseptere advarselen.

Teoretisk kan en arbeidstaker anlegge sak mot arbeidsgiveren. Som jeg skal redegjøre for i kap. 8 har dette også forekommet. Men i praksis behøver ikke dette å være like greit. Et søksmål kan bli en kostbar affære og i tillegg tar dette tid. Og selv om man føler at en har en god sak, vet man aldri utfallet før avgjørelsen foreligger. Forholdet til arbeidsgiver blir vel heller neppe bedre etter en sak for domstolene. Et annet moment er at man kanskje heller ikke klarer å tenke i disse baner etter at man har mottatt en ”advarsel”. Jeg kan illustrere med et eksempel.

Man kommer for eksempel for sent på jobben en dag. Arbeidsgiver gir vedkommende en muntlig advarsel og sier at det blir notert i personalmappen. Arbeidsgiver spør ikke om årsaken til forsinkelsen, fordi de kjenner til at vedkommende har problemer med å stå opp om morgenen. Arbeidstakeren vet med seg selv at advarselen er urettferdig fordi t-banenettet var nede og at det ikke er noe man rår over. Vedkommende sier imidlertid ikke noe, fordi han/hun husker tilbake til en gang tidligere hvor han/hun kom for sent uten at det ble gitt noen advarsel. Da fikk vedkommende en uformell muntlig tilbakemelding om at man ikke bør komme for sent. Vedkommende har fortsatt litt dårlig samvittighet på grunn av den tidligere episoden. Arbeidstakeren tenker derfor at det er like greit å ta i mot advarselen uten protester og løper til arbeidsplassen sin. Han/hun regner med at det sikkert ikke er så farlig. Vedkommende tenker selvsagt ikke på hvilke konsekvenser dette kan få senere. I løpet av et par dager går det i glemmeboken til arbeidstakeren. Så går det noen uker og vedkommende kommer for sent igjen. Arbeidstakeren blir deretter sagt opp. Det henvises til at arbeidstaker ikke har klart å vise til noen forbedring etter at vedkommende har mottatt en advarsel. Vedkommende kommer på at den første advarselen han/hun mottok faktisk var feil, men hva hjelper det nå...

Her kan man si at arbeidstakeren kan takke seg selv for den situasjonen man har kommet opp i. Vedkommende burde tatt affære med engang han/hun fikk den første advarselen.

Likevel – den første advarselen var jo feil. Den var basert på feil faktisk grunnlag. Er man nå totalt maktesløs? Vi kan vri litt på eksempelet: Vedkommende sier ifra når han/hun mottar den første advarselen at den er basert på feil grunnlag: T-banen var forsinket. Hvordan stiller det seg nå? Nå er arbeidsgiver klar over at vedkommende ikke var skyld i forsinkelsen. Nå ligger ballen hos arbeidsgiver. Bedriftsledelsen vil naturlig nok ikke meddele vedkommende en advarsel nå. Problemstillingen bunner ut i om vedkommende har fått uttale seg om de forhold som ligger til grunn for advarselen. Dette er igjen et spørsmål om bedriften har fulgt en forsvarlig saksbehandling. Det må følgelig stilles krav til saksbehandlingen.

7.2 Saksbehandling

Det mest praktiske virkemiddelet en arbeidstaker har dersom man får en uberettiget advarsel, er å protestere.³¹ Arbeidstakeren bør skriftlig levere inn en protest til arbeidsgiver der man gir sin forklaring på forholdet og hvorfor man mener at advarselen er uberettiget. I tillegg bør vedkommende i sin klage kreve å få vedlagt denne i sin personalmappe med henvisning til den aktuelle advarselen.

Dersom arbeidsgiver bare får en tilbakemelding om at vedkommende ikke aksepterer advarselen, bør arbeidsgiver innkalle arbeidstaker til et møte hvor vedkommende får fremmet sine synspunkter.³² Unngår arbeidsgiver å ta nye skritt etter en slik tilbakemelding, vil det svekke betydningen av advarselen. For at en advarsel skal bli tillagt vekt, bør vedkommende ha fått uttale seg om forholdet. Dette har imidlertid en sammenheng med forutsigbarheten av advarselen. Men det er rimelig at en advarsel som kommer som lyn fra klar himmel, uten at vedkommende har fått uttale seg, ikke bør tillegges vesentlig vekt.

RG 1961 s.262 er illustrerende: ”Det har i det hele vært påfallende for retten hvor lite bedriften har gjort for å hevde sin autoritet overfor Nilsen. Det sies at man har vært misfornøyet med ham siden 1948, men at man har beholdt ham fordi han var en flink fagmann. I tiden 1948 til 1959 har det vært sagt fra til

³¹ Dege(2003)s.532, Fanebust(2001)s.253, Johansen(2001)s.150.

³² Johansen(2001)s.150.

Nilsen ved enkelte anledninger at det var forhold som måtte rettes, men det synes å ha vært alt. Bedriften har [...] latt det hele gå sin skjeve gang. Så slår den i september 1959 til med en alvorlig advarsel uten å gi Nilsen anledning til å forklare seg.” (s.266).

Hva hvis vedkommende ikke angriper en advarsel som faktisk er uberettiget (jfr. eksempelet ovenfor)? Dersom arbeidstaker er passiv og ikke reagerer på advarselen, selv om man har muligheten til det, kan dette kanskje tyde på at det faktiske grunnlaget er riktig og at vedkommende har akseptert avgjørelsen. Et diskusjonstema er imidlertid hvor mye som skal kreves av et fremstøt fra arbeidstakers side. Man trenger nødvendigvis ikke å kreve at advarselen skal angripes i sin fulle bredde, men det må være rimelig å kreve at vedkommende har protestert, slik at en ikke blir bundet ved passivitet.³³

Her kan man for øvrig trekke sammenligninger til pornodommen. Det var riktignok på det rene at det hadde foregått forsettlig brudd på reglementet, men arbeidsgivers passivitet førte til at man ikke kunne avskjedige eller si opp arbeidstakerne. Det måtte m.a.o. kreves et større fremstøt av arbeidsgiver på et mye tidligere tidspunkt. Hvis ikke sender arbeidsgiver ut et signal om at de aksepterer arbeidstakers handlinger.

Hvis vedkommende godtar advarselen og innser at denne er riktig, bør man likevel komme med en skriftlig vedkjennelse som legges ved i personalmappen. Man bør legge seg flat og unnskylde forholdet. Det kan være lurt å meddele at en i fremtiden ikke kommer til å gjøre noe lignende. Videre kan vedkommende be om at man får direkte tilbakemeldinger hvis arbeidsgiver har noe å utsette på den jobben han/hun skal utføre. Dette kan ha en positiv psykologisk effekt på arbeidsgiver dersom det ved en senere anledning oppstår behov for å ta vedkommende opp til vurdering.³⁴ Et brev med en slik underbygging kan være tungen på vektskålen til å la vedkommende få en ny sjanse, i stedet for å gå til oppsigelse ved neste mislighold.

Når også arbeidstakers synspunkter blir lagt ved i personalmappen, vil arbeidsgiver få et mer forsvarlig grunnlag i sin vurdering hvis man senere overveier å avslutte arbeidsforholdet. Dette gjelder ikke minst dersom det skjer utskiftninger i bedriftsledelsen.

³³ Fanebust(2001)s.254.

³⁴ Johansen(2001)s.150.

8 Kan man få prøvd en advarsel rettslig?

8.1 Innledning

Dersom en arbeidstaker blir gitt en advarsel, som etter hans/hennes mening er feil eller urettferdig, blir det et spørsmål om man kan gå til domstolen for å få prøvd denne rettslig. Arbeidstakeren mener for eksempel at advarselen er gitt på feil faktisk grunnlag. En advarsel kan få stor betydning for arbeidstakerens senere yrkesliv. Har man en ”stygg” sak på seg i personalmappen kan dette skape vanskeligheter senere i arbeidsforholdet, for eksempel ved en eventuell fremtidig overflytting innad i et konsern eller rederi (jfr. for eksempel Borgarting lagmannsretts dom av 28.10.1998, som omtales nedenfor i pkt. 8.3.2.1). En arbeidstaker vil derfor kunne ha en tiltrengt *rettslig interesse* i å få prøvd holdbarheten av advarselen, dersom han eller hun mener at den faktisk er feil eller urettferdig.³⁵ Det er imidlertid ikke helt opplagt at man kan få prøvd advarselen rettslig. Som jeg skal redegjøre for nedenfor, er det visse rettslige skranker som må passeres før man kan tillate et slikt søksmål. I tillegg må man skille mellom private og offentlige tjenesteforhold.

8.2 Offentlige tjenesteforhold

8.2.1 Tjenestelig tilrettevisning og ordensstraff

I offentlige tjenesteforhold kan man, på en forenklet måte, si at det skilles mellom to former for advarsler: Det er advarsel definert som *tjenestelig tilrettevisning* og advarsel definert som *ordensstraff*. I Frostating lagmannsretts kjennelse inntatt i RG 2003 s.544 blir skilnaden mellom disse sanksjonsformene definert som at en tjenestelig tilrettevisning vil ”være forankret i tjenesteforholdet og vil etter sitt innhold først og fremst ha som siktemål å

³⁵ Jakhell n s.375.

klargjøre nærmere innholdet og omfanget av tjenestemannens tjenesteplikter. Tilrettevisningen gis i tilknytning til arbeidet og skal være retningsgivende for arbeidsforholdet. En ordensstraff kan også ha et slikt formål, men den vil i tillegg ha som siktemål å pådra tjenestemannen en sanksjon for overtredelse eller tilsidesettelse av tjenesteplikter”.

Lagmannsretten siterer her fra Sivilombudsmannens årsmelding 2001 s.133 (Somb-2001-23). Et rettskildemessig poeng er at lagmannsretten i den nevnte kjennelsen påpeker at spørsmålet om hva som er å regne som en tjenestelig tilrettevisning og ordensstraff, i liten grad har vært behandlet i rettspraksis i de senere år, noe i juridisk teori og av Justisdepartementets lovavdeling, men mest inngående av Sivilombudsmannen. Praksis fra Sivilombudsmannen vil derfor ha en selvstendig rettskildemessig vekt.

I statstjenesten er det gitt regler om ordensstraff i tjenestemannsloven av 4. mars 1983 nr. 3 (tjml.) § 14. Her heter det at en tjenestemann kan ilegges skriftlig irettesettelse, tap av ansiennitet eller settes ned i en lavere stilling som ordensstraff. I § 14 annet ledd heter det at en tjenestelig tilrettevisning ikke er noe ordensstraff.

8.2.2 Rettslig interesse

Et vesentlig poeng er at om man enten blir ilagt advarsel i form av ordensstraff eller bare en ordinær advarsel i form av en tjenestelig tilrettevisning, vil kunne få betydning for en eventuell senere rettslig overprøvelse.

Etter forvaltningsloven av 10. februar 1967 (fv1.) § 2 annet ledd er et vedtak om å illegge en offentlig tjenestemann ordensstraff et enkeltvedtak. Følgen av dette er at reglene i forvaltningsloven kap. IV – VI om vedtaket, saksforberedelse ved enkeltvedtak, klage og omgjøring kommer til anvendelse, jfr. fv1. § 3. Samtidig vil man ha rettslig interesse i å få lovligheten av vedtaket overprøvd av en domstol, jfr. tvistemålsloven av 13. august 1915 nr. 6 (tvml.) § 435, jfr. § 54. Disse følgene trer imidlertid bare inn dersom advarselen er en ordensstraff. En advarsel i form av en ren tjenestelig tilrettevisning er ikke noe enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Reglene om klage og omgjøring kommer derfor ikke til anvendelse, og man vil heller ikke ha rettslig interesse i å få prøvd advarselen

overfor en domstol. Dette følger av Rt.2003 s.480 (omtales nedenfor). Et slikt søksmål vil bli avvist.

Spørsmålet blir så hvordan man definerer skillet mellom advarsel som henholdsvis ordensstraff og tjenestelig tilrettevisning. Kjennelsen av Høyesteretts kjæremålsutvalg inntatt i Rt.2003 s.480 er klargjørende og retningsgivende på dette punktet. Kjennelsen belyser også andre interessante problemstillinger. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å gå i dybden på denne saken.

8.2.3 Betydningen av skillet mellom ordensstraff og tjenestelig tilrettevisning. Rekkevidden av Rt. 2003 s. 480.

Spørsmålet i Rt.2003 s.480 var om en advarsel til en kommunalt ansatt lærer var ordensstraff, og dermed å anse som et enkeltvedtak, jfr. fvl. § 2 annet ledd annet punktum. Læreren anla søksmål mot kommunen for å få kjent advarselen ugyldig. Kommunen på sin side hevdet at saken skulle avvises pga. manglende rettslig interesse jfr. tvml. § 54.

Kjæremålsutvalget bemerker i kjennelsens avsnitt 19 at forutsetningen for at læreren har rettslig interesse i søksmålet, er at det dreier seg om et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Spørsmålet blir derfor om kommunale tjenestemenn kan ilegges ordensstraff, som er enkeltvedtak i forvaltningsloven. For statstjenestemenn er det regler om ordensstraff i tjml. § 14.³⁶ Noen tilsvarende regel finnes ikke for ansatte i kommunal sektor. Høyesterett tilføyer at det i den foreliggende saken heller ikke er noe avtalegrunnlag for en ordensstraff for kommunalt ansatte.³⁷

I fvl. § 2 annet ledd heter det at avgjørelse om å ilegge ”offentlig tjenestemann” ordensstraff, regnes som enkeltvedtak. Spørsmålet blir da om ”offentlig tjenestemann” i denne sammenhengen er ment å gjelde både statlige tjenestemenn og kommunale

³⁶ Denne regelen blir ikke videreført i ny tjenestemannslov som trer i kraft 1.1.2006.

³⁷ Nærmere drøftelse i tilknytning til hjemmelgrunnlaget i pkt. 8.2.3.3 nedenfor.

tjenestemenn. Kommunen anførte at denne formuleringen kun er ment å gjelde illeggelse av ordensstraff for statstjenestemenn etter tjenestemannsloven. Ved å benytte definisjonen i fvl. § 2 litra d³⁸ kom Høyesterett til at denne anførselen ikke kunne føre frem. Kjæremålsutvalget konstaterer at ”offentlig tjenestemann” i fvl. § 2 annet ledd annet pkt. er ment å gjelde for både kommunalt ansatte og statstjenestemenn. Høyesterett slår derfor fast at også kommunale tjenestemenn kan ilegges ordensstraff – som er enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Høyesterett avslutter avsnitt 20 med: *”Forutsetningen er at den griper inn i tjenestemannens rettigheter og plikter. En ren tjenestlig tilrettevisning vil således ikke omfattes”*.

Denne uttalelsen betyr for det første at en ordinær advarsel i form av en tjenestelig tilrettevisning ikke er noe enkeltvedtak, som igjen innebærer at man ikke har rettslig interesse i et søksmål. For det andre må en advarsel gripe inn i ens ”rettigheter og plikter” for at påtalen skal betraktes som en ordensstraff.

8.2.3.1 ”Rettigheter og plikter”

For at en advarsel til en kommunal tjenestemann skal være å betrakte som en ordensstraff, må den altså gripe inn i tjenestemannens rettigheter og plikter. Dette har sammenheng med definisjonen av ”enkeltvedtak” i fvl. § 2 første ledd litra b: For at det skal være et enkeltvedtak, må vedtaket berøre en persons rettigheter og plikter. Drøftelsen nedenfor viser imidlertid at det kan være unntak fra denne regelen.

Begrepet ordensstraff er ikke definert i forarbeidene³⁹ til forvaltningsloven. Justisdepartementets lovavdeling har i en uttalelse av 1. aug. 1994⁴⁰ uttalt at den generelle forutsetningen i forarbeidene synes å være at ordensstraffer eller andre disiplinærtiltak som ikke griper inn i tjenestemannens rettigheter eller plikter, heller ikke skal regnes som

³⁸ Fvl. § 2 d: ”[I denne lov menes med] offentlig tjenestemann, en embetsmann eller annen som er ansatt i statens eller en kommunes tjeneste”.

³⁹ Ot.prp.nr.27(1968-69) Om forvaltningslovens ikrafttredelse.

⁴⁰ Publisert: JDLOV-1994-1509.

enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 annet ledd. En ordensstraff må altså medføre endringer i tjenestemannens rettigheter eller plikter, for eksempel degradering i tjenesten.

Lovavdelingen uttaler imidlertid i samme notat at ”[d]ette generelle utgangspunktet må trolig fravikes i tilfeller hvor det foreligger uttrykkelig hjemmel for at « ordensstraff » i form av advarsler eller irettesettelser kan benyttes”. Samtidig viser de til en uttalelse av Lovavdelingen av 31. august 1977 (jnr. 1363/77E) hvor det er lagt til grunn at en advarsel gitt som ordensstraff etter tjenestemannsloven vil være et enkeltvedtak, og at ”også ellers må skriftlig advarsel reknes som ordensstraff og dermed som enkeltvedtak innen de etater hvor vedkommende lov eller reglement nevner skriftlig advarsel som ordensstraff.”

Arvid Frihagen gir i en kommentarutgave av forvaltningsloven uttrykk for at formelle irettesettelser som i lov eller reglement er betegnet som refselsesmidler, må være enkeltvedtak etter fvl. § 2 annet ledd. Likeledes bør antagelig ”også andre tilsvarende formelle irettesettelser som registreres på rulleblad o.l. gå inn under 2. ledd”.⁴¹

I boken ”Tjenestemannsrett” gir Arne Fanebust⁴² uttrykk for at tiltak som har hjemmel i ”f.eks. kommunale personalreglement” må anses som ordensstraff. Det samme dersom advarselen anmerkes på vedkommendes rulleblad.

Forfatteren sier også at disiplinærordninger som bygger på avtale, i utgangspunktet ikke er enkeltvedtak. Slik jeg forstår forfatteren er dette imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Fanebust bygger sitt synspunkt på forarbeidene til forvaltningsloven⁴³ der det vagt formuleres at det ”kanskje” kan være grunn til å se annerledes på disiplinærtiltak som bygger på avtale.

Alle de ovennevnte rettskildene åpner for at en advarsel i form av ordensstraff kan være et enkeltvedtak, selv om vedtaket ikke griper inn i en tjenestemanns rettigheter og plikter. Forutsetningen er at man har en formell hjemmel i lov eller et annet reglement som nevner skriftlig advarsel som ordensstraff.

⁴¹ Frihagen s.73.

⁴² Fanebust(1987)s.25.

⁴³ Ot.prp.nr.27(1968-69)s.9.

Selv om Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse Rt.2003 s.480 ikke direkte tar opp denne problemstillingen, gir resonnementet i avsnitt 20 inntrykk av å være i overensstemmelse med dette synspunktet. Høyesterett poengterer først at det i den foreliggende saken ikke er noen formell hjemmel for advarsel som ordensstraff. Utvalget påpeker deretter at advarselen må gripe inn i tjenestemannens rettigheter og plikter for at det skal være en ordensstraff som er enkeltvedtak.

Formodentlig kan man da kanskje legge til grunn at en ordensstraff gitt i medhold av et personalreglement som hjemler dette, vil være et enkeltvedtak uavhengig om vedtaket faktisk griper inn i tjenestemannens rettigheter og plikter. En reaksjon fra arbeidsgiver behøver nødvendigvis ikke å medføre endringer i tjenestemannens rettigheter og plikter. Det må bety at hvis advarselen er gitt i medhold av en uttrykkelig hjemmel om ordensstraff, vil advarselen automatisk være et enkeltvedtak – hvis man først kommer til at det er straff. Man vil dermed ha rettslig interesse i et søksmål. Samtidig må dette bety at en advarsel som er gitt uten uttrykkelig hjemmel, kun vil ha status som et enkeltvedtak, dersom man kommer til at reaksjonen er en ordensstraff og at den røkkes ved tjenestemannens rettigheter eller plikter.

Adgangen til søksmål synes derfor indirekte å være snevrere dersom advarselen er gitt uten uttrykkelig hjemmel. Det betyr at en statlig tjenestemann tilsynelatende har større adgang til å få prøvd en advarsel rettslig, enn det en kommunal tjenestemann har, fordi for statstjenestemenn har man en uttrykkelig lovhjemmel om ordensstraff. Reelle hensyn kan tale for at dette er en uheldig rettssystematikk. På den annen side må man være bevisst på at siden man har en uttrykkelig lovhjemmel om ileggelse av ordensstraff overfor statstjenestemenn, vil det være grunn til å tro at instituttet ordensstraff blir hyppigere brukt i statstjenesten enn overfor kommunale ansatte. Rettssikkerhetshensyn taler således for at man bør ha større adgang til rettslig overprøvelse.

8.2.3.2 "Den konkrete vurderingen"

Når det gjelder hvilke kriterier som må legges til grunn i den konkrete vurderingen, slutter Høyesterett seg til flertallet i Lagmannsretten, som siterer fra Sivilombudsmannen. Det blir fremhevet at spørsmålet om det foreligger en tjenestelig tilrettevisning eller en ordensstraff,

*”må avgjøres ut fra en skjønnsmessig totalvurdering av de reelle forhold. Om forføyningen har hjemmel i et reglement vil bare være ett moment blant flere”.*⁴⁴ Videre vil formålet med forføyningen, hvor *inngrep*ende og *betydningsfull* irettesettelsen er i forhold til den enkeltes arbeidsforhold, stå sentralt i vurderingen. Likeledes vil de *ytre forhold* kunne gi en indikasjon om hvilken karakter advarselen har.

Som vi ser vil det være en rekke skjønnsmessige kriterier som må vurderes konkret i hver enkelt sak for å avgjøre om det er en tjenestelig tilrettevisning eller ordensstraff. Her finnes det ingen fasit, men mange skjønnsmessige momenter som må avveies. Hvis det er et inngrepende vedtak og irettesettelsen får stor betydning for arbeidstakerens arbeidsforhold, taler dette for at det er en ordensstraff, selv om advarselen for eksempel blir beskrevet som en tjenestelig tilrettevisning. Enda tydeligere blir det hvis formålet med advarselen er å straffe, og ikke bare være av en veiledende art for fremtiden. Poenget er at det er de reelle forhold, og ikke de formelle, som må vurderes.

Med de ”ytre forhold” menes at advarselen blir gjort skriftlig, registrert på rullebladet og arkivert i personalmappen. Disse forholdene kan tilsi at det er snakk om ordensstraff i stedet for en ren tjenestelig tilrettevisning. Men det påpekes samtidig at ryddighet fra arbeidsgivers side kan medføre at også tilrettevisninger blir arkivert i personalmapper, uten at dette skal tilsi at det er en ordensstraff. Igjen ser vi at det er de reelle forholdene som må drøftes. Det at en skriftlig advarsel har overskriften ”advarsel og tjenestelig tilrettevisning” vil ikke være avgjørende. Det er advarselens innhold, form og betydningen av arbeidstakerens arbeidsforhold som må bedømmes.

8.2.3.3 Andre hjemmelsgrunnlag

I drøftelsene ovenfor har jeg mange ganger vært inne på advarselens hjemmelsgrunnlag. Både Høyesterett, forarbeidene til forvaltningsloven, Justisdepartementets lovavdeling og Sivilombudsmannen er inne på dette temaet.

⁴⁴ Sivilombudsmannens årsmelding 2001 s.133 (Somb-2001-23), gjengitt i kjennelsens avsnitt 21.

I tilknytning til tjml. § 14 uttaler Høyesterett at tilsvarende lovregler ikke finnes for kommunale tjenestemenn, og ”*det foreligger i denne konkrete saken heller ikke noe avtalegrunnlag for en ordensstraff for kommunalt ansatte*”⁴⁵ (min understrekning).

Som nevnt ovenfor i pkt. 8.2.3.2 uttaler Sivilombudsmannen i tilknytning til den skjønnsmessige totalvurderingen, som Høyesterett slutter seg til, at ”*[o]m forføyningen har hjemmel i et reglement vil bare være ett moment blant flere*”.

Forarbeidene til forvaltningsloven viser også at man ikke nødvendigvis trenger hjemmel i formell lov for å gi en advarsel som ordensstraff.⁴⁶

Justisdepartementets lovavdeling har også uttalelser i forbindelse med hjemmelsgrunnlag for advarsler, jfr. drøftelsen over i pkt. 8.2.3.1.

Disse rettskildene viser for det første at det i offentlig sektor kan være ulike hjemmelsgrunnlag for å gi advarsel som ordensstraff. For statlige tjenestemenn har vi som kjent tjml. § 14. Selv om man ikke har noen tilsvarende lovbestemmelse for kommunale tjenestemenn, kan man ha hjemmel i avtale. Det kan for eksempel tenkes i en tariffavtale eller i den individuelle arbeidsavtalen. Videre kan bestemmelser om advarsler inntas i et personalreglement.

Rettskildene viser imidlertid også at det ikke er noe vilkår for at en advarsel skal bli vurdert som ordensstraff, at den er hjemlet i et reglement. Domstolen kan, etter en skjønnsmessig totalvurdering, bedømme advarselen som en ordensstraff uavhengig om en kommune for eksempel har et personalreglement som gir hjemmel til å benytte denne form som sanksjon. Dermed kan advarselen også få status som et enkeltvedtak som gir rettslig interesse for et søksmål. Forutsetningen er at den griper inn i tjenestemannens rettigheter og plikter. Dette kan man slå fast på bakgrunn av Rt.2003 s.480.

Før jeg forlater Rt. 2003 s. 480 vil jeg komme med noen bemerkninger. Min personlige oppfatning av kjennelsen er at den virker noe tynn. Jeg er overrasket over at Høyesterett ikke tar en grundigere drøftelse av realitetene mht. ordensstraff/tilrettevisning. Når man står overfor en problemstilling som er ganske uklar og som har vært gjenstand for diskusjoner,⁴⁷ så bør vår høyeste rettsinstans drøfte spørsmålet mer omhyggelig. Når man ikke har noen positiv lovregulering om ordensstraff for kommunalt ansatte, er det tilbøyelig å si at *utgangspunktet* for den type disiplinærreaksjon ikke omfattes av forvaltningslovens bestemmelser. Jeg er imidlertid enig i at man kan gå vekk fra dette utgangspunktet, men da bør det kreves en omhyggeligere begrunnelse for resultatet, hvor man benytter seg av relevante rettskildefaktorer. Kjøremålsutvalget viser kun til en uttalelse av

⁴⁵ Kjennelsens avsnitt 20.

⁴⁶ Ot.prp.nr.27(1968-69)s.9.

⁴⁷ Jfr. også Engelsrud s.221 flg.

Sivilombudsmannen. Som jeg har vist til gjennom hele kap. 8.2 har imidlertid temaet også vært gjenstand for diskusjon flere ganger i Lovavdelingen og i juridisk litteratur. Der har man imidlertid ikke kommet med klare konklusjoner. Dette viser nettopp at rettstilstanden har vært ganske uklar.

8.3 Det private næringsliv

I kapittel 8.2 så vi på hvordan mulighetene for å få prøvd en advarsel rettslig er i offentlige tjenesteforhold. Konklusjonen der var at så lenge advarselen ble definert som en ordensstraff, og dermed enkeltvedtak, gir dette rettslig interesse for et søksmål. Rene tjenestelige tilrettevisninger kan man ikke få prøvd for en domstol. I dette kapittelet skal vi se på om det er adgang til å få en advarsel rettslig overprøvd når advarselen er gitt av private rettssubjekter. Nå er det ikke noen forvaltningsorganer med i bildet. Problemstillinger knyttet til enkeltvedtak faller derfor utenfor.

8.3.1 Tvml. § 54

Det er ikke helt opplagt at man kan gå til domstolen for å få kjent en advarsel ugyldig. Tvml. § 54 stiller krav til søksmålsgjenstanden. Bestemmelsen taler om et rettsforhold eller en rettighet. Søksmålet må gjelde et reelt, konkret og selvstendig plikt- eller kompetanseforhold, og må kunne løses ved bruk av rettsregler, jfr. rettspraksis.

En advarsel vil kunne få stor betydning for arbeidstakerens senere yrkesliv, for eksempel ved skifte av jobb/stilling. En ”prikk” i personalmappen vil kunne forvanske dette. En arbeidstaker vil derfor tilsynelatende ha et tiltrengt reelt og konkret behov for å få kjent advarselen ugyldig, dersom man mener at advarselen er gitt på feil grunnlag eller er urettferdig.

Begrepet ”ugyldighet” er et rettslig koblingsbegrep som både kan knyttes til dispositive utsagn og til forvaltningsvedtak. Jo Hov skriver at siden begrepet ”ugyldighet” ikke gir noen klar veiledning på hvilke rettigheter eller plikter partene har overfor hverandre, eller hvilken kompetanse som inntreffer, kan ugyldighetsreglene verken regnes som pliktnormer eller kompetansenormer, men som *rettslige kvalifikasjonsregler*. Men det er ikke

avgjørende for søksmålsadgangen at ugyldighetsreglene blir betegnet som kvalifikasjonsregler - dette må bero på hvordan vi tolker "et rettsforhold eller en rettighet" i tvml. § 54. Det er en sikker juridisk tradisjon for at ugyldighetsspørsmål skal regnes som rettsforhold. Vi må derfor legge til grunn at tvml. § 54 åpner for fastsettelsessøksmål om slike spørsmål.⁴⁸

8.3.2 Eksempler fra rettspraksis

Så vidt meg bekjent har Høyesterett aldri behandlet et søksmål – innenfor det private næringsliv – der en arbeidstaker som har fått en advarsel, har gått til retten med den. De tre eksemplene fra rettspraksis som jeg skal vise til nedenfor, er fra lagmannsretten og Arbeidsretten. Disse avgjørelsene er de eneste jeg kjenner til som har omhandlet et slikt søksmål.

8.3.2.1 Borgarting lagmannsretts dom av 28.10.1998

Saken gjaldt krav om plikt for arbeidsgiver til å trekke tilbake påstått urettmessig advarsel og tilknyttet krav om erstatning og oppreisning. (Det var ingen problemstillinger knyttet til "rettslig interesse"). Saksøker A jobbet som butikkekspeditor på danskebåten. Det oppstod uenighet mellom A og en kunde i forbindelse med salg av avgiftsfrie sigaretter. (A hadde nektet kunden rabatt, da dette var utover den tillatte sigarettkvoten). Dagen etter fikk A skriftlig advarsel av skipsføreren. I advarselen var det lagt til grunn en "utilbørlig" og "meget uforskammet oppførsel", samt andre tidligere muntlige irettesettelser. I advarselen sto det også at A heller ikke ville bli anbefalt overflyttet til andre skip i rederiet. (A hadde ytret ønske om en slik overflytting).

Etter en helhetsvurdering av bevisene kom lagmannsretten til at det var "*lagt til grunn et faktisk uriktig grunnlag for advarselen. Advarselen er dermed urettmessig og må trekkes tilbake av rederiet*". Retten bemerket videre at rederiet også hadde et eget ansvar for den vanskelige situasjonen som A befant seg i, p.g.a. forsømmelig kontrollordning for det

⁴⁸ Hov s.98-99 med videre henvisninger.

avgiftsfrie salget. Ekspeditørene var i et krysspress: Det var lagt opp til en sterk salgskonkurranse fra rederiets side for å øke omsetningen, selv om dette førte til tolloverskridelser. Dersom kunder ble tatt av tollmyndighetene med ulovlig kvote, kunne kassakvitteringen tilbakeføres til den enkelte ekspeditør. Lagmannsretten bemerker at *”[a]dvarselen med overføringssperren fremtrer på denne bakgrunn som en sterkt urimelig reaksjon. Den må derfor også av denne grunn trekkes tilbake av rederiet.”* Arbeidsgiver ble også dømt til å betale kr. 15.000 i erstatning og 50.000 i oppreisning samt saksomkostninger. Retten fant at sjømannsloven av 30. mai 1975 nr. 18 § 20 A om erstatning kunne anvendes analogisk i dette tilfellet.

Byretten kom til at advarselen var ”ugyldig”. Det er imidlertid neppe noen realitetsforskjell i en dom om at advarselen er ”ugyldig”, enn at advarselen må ”trekkes tilbake”.

Som vi ser kommer Borgarting lagmannsrett til to ulike grunnlag for at advarselen må trekkes tilbake. For det første kommer retten til at advarselen bygger på uriktig faktisk grunnlag. Finner man det bevist at grunnlaget for advarselen faktisk er feil, er det en opplagt urettmessighet og advarselen må da vitterlig trekkes tilbake. Noe annet ville vært urimelig. Retten kom til at A kunne ha gått utenfor grensen for vanlig høflighet, men fant det ikke bevist at han opptrådte ”utilbørlig” og ”meget uforskammet”.

For det andre fremtrer innholdet av advarselen som en for sterk urimelig reaksjon. Med andre ord mangler det *proporsjonalitet* mellom hendelsen og advarselen. Domstolen vurderte situasjonen slik at arbeidsgiver selv må ta en del av skylden for at situasjonen oppstod. Advarselens innhold med den sterke kritikken og overføringsstengselen sto altså ikke i forhold til episoden.

8.3.2.2 ARD 1959 s.227

En prosessuell bemerkning før jeg går inn på saken: Tvisten gjaldt et krav som grunnet på en tariffavtale og det var organisasjoner som var parter i saken, jfr. også lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1 (arbtvl.) § 8.

Saken gjaldt spørsmålet om plikt til overtidsarbeid når det forelå personlige grunner for fritakelse. Arbeidstakeren skulle arbeide frem til kl. 1130, men fikk beskjed om at han ikke kunne få avløsning før kl. 1400. Arbeidstaker ga beskjed om at han ikke kunne påta seg overtidsarbeidet. Han hadde ordnet transport av materialer til sin hytte og dette kunne ikke gjøres uten at han selv var til stede. Arbeidstakeren forlot arbeidsstedet kl. 1200. En underordnet reparatør passet arbeidet frem til kl. 1400. Arbeidstaker fikk senere en skriftlig advarsel for hendelsen og ble gjort oppmerksom på at lignende hendelser ville medføre avskjedigelse.

Retten kom til at arbeidstakeren ikke var berettiget til å forlate arbeidsstedet før han hadde overbevist seg om at det var truffet en betryggende ordning. Imidlertid fikk han medhold i at han hadde rett til å nekte overtidsarbeid. Advarselen han fikk var derfor uberettiget.

”[R]etten er av den oppfatning at det ikke er noen rimelig forholdsmessighet mellom denne advarsels alvorlige form og den foreliggende forseelse” (side 232).

8.3.2.3 RG 1997 s.576

Arbeidstakeren krevde erstatning (oppreisning) idet det ble hevdet at advarslene var ærekrenkende. Lagmannsretten fant ikke grunnlag for kritikk mot beskrivelsen av faktum i advarslene. Det dreide seg om forhold som etter sin art kunne berettige til å gi advarsler. Retten slo fast at når arbeidsgiver gir advarsler, må man innrømme et vidt spillerom i forhold til straffelovens bestemmelser om ærekrenkelser. Retten kom til at dette spillerommet ikke var overskredet. Denne avgjørelsen viser at det er mulig å reise injuriesøksmål og få advarselen kjent ”død og maktesløs”, jfr. ærekrenkelsesbestemmelsene i straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10.

8.4 Domstolenes prøvelsesadgang

I den ovenstående drøftelsen ser vi at domstolen går inn og overprøver arbeidsgivers beslutninger og vurderinger tilknyttet advarselen. Dette reiser nye problemstillinger: Hva kan domstolene prøve og hvor langt går prøvelsesretten? Jeg skal her kort gjøre rede for hva domstolene kan prøve og ikke prøve av det en virksomhet eller forvaltningen har lagt til grunn for advarselen.

Det følger av rettspraksis at domstolene kan prøve om det faktiske grunnlaget (faktum) for advarselen er riktig, om saksbehandlingen har vært mangelfull og om det foreligger vilkårlighet eller maktmisbruk – herunder om advarselen var en grov urimelig reaksjon. Videre kan retten prøve om lovens regler er riktig forstått, herunder uttrykk som ”saklig” etc., fordi dette er en del av rettsanvendelsen.

Domstolene kan også prøve om det foreligger en forsvarlig og samvittighetsfull skjønnsvurdering, herunder om avveiningen omfatter de rimelighetshensyn som gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren, sml. Rt.1984 s.1058.⁴⁹ Her ligger det imidlertid et spenningsforhold. Ved etterprøving av de forskjellige momenter som har vært vurdert mot hverandre, vil det ha betydning hvor inngripende den beslutning som etterprøves er. Etterprøvingen vil være mer vidtgående overfor en oppsigelse/avskjedigelse enn overfor f.eks. en forfremmelse eller intern forflytning.⁵⁰ På bakgrunn av denne utviklingen kan man stille spørsmålstegn ved prinsippet om at arbeidsgiver har et visst spillerom med fritt skjønn som er unndratt rettslig overprøvelse – f.eks. hensiktsmessighetsskjønnet; om et forhold skal medføre en advarsel eller ikke.

Flertallet i Rt.1984 s.1058 uttaler seg slik: *”Det kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten”* (s.1067).

⁴⁹ Se også Dege(2003)s.850 flg.

⁵⁰ Jakhelln s.54 med henvisninger til rettspraksis.

En ting er imidlertid klart: Når det gjelder prøvelsesadgangen ved *forvaltningens* skjønn, kan domstolen ikke prøve hensiktsmessighetsskjønnet ved vedtaket, sml. Hoaas-saken. Dersom for eksempel vilkårene for å ilegge ordensstraff foreligger, kan ikke domstolen i stedet foretrekke at det skal ilegges en tjenestelig irettesettelse.

Uttalelsene i Rt.1984 s.1058 gjaldt *opphør* av arbeidsavtalen. Spørsmålet er om dette prinsippet også bør gjelde ved *advarsler* eller ikke. En advarsel kan få store virkninger for en arbeidstaker og vil således kunne være meget inngripende overfor vedkommende. En advarsel vil ofte kunne være første steg på veien mot et opphør av arbeidsavtalen. Dette i seg selv trenger ikke å være et godt nok argument for full prøvelsesrett. Men der hvor advarselen f.eks. vil skape problemer ved en tiltenkt overflytting, kan man kanskje begynne å trekke paralleller til de hensyn som gjør seg gjeldende ved opphør av arbeidsavtalen, fordi arbeidsgivers handling kan være meget inngripende.

Det kan f.eks. være at en arbeidstaker tidligere har fått positive signaler om en overflytting til et søsterselskap et annet sted i landet. Familien bor ved det andre stedet og vedkommende har jobbet hardt for å få til dette. Så viser det seg at en advarsel vil kunne spolere det hele. Det er f.eks. en forutsetning for overflyttingen at vedkommende ikke har noen ”prikker” i personalmappen. Advarselen vedkommende fikk er isolert sett helt legitim. Vedkommende har imidlertid jobbet plettfritt for samme arbeidsgiver i 30 år og har bare noen år igjen av arbeidskarrieren. Reelle hensyn kan her tale for at arbeidsgiver burde valgt en annen løsning.

Jeg har valgt eksempelet for å illustrere problemstillingen. I slike tilfeller kan man kanskje hevde at en domstol bør kunne gå inn og prøve arbeidsgivers vurdering av rimeligheten/forholdsmessigheten mht. om advarsel kunne bli gitt.

8.5 Prosessuelt

Med unntak av særreglene i aml. §§ 61 og 61 A-C, er det prosessreglene i tvistemålsloven og domstolsloven som får anvendelse i saker som angår stillingsvernet, jfr. aml. § 61 nr. 1. En arbeidstaker som vil prøve den rettslige holdbarheten av en advarsel må således anlegge saken for de ordinære domstoler med rettergangsmåten for tvistemål.⁵¹

⁵¹ Jfr. også Dege(2003)s.533.

9 Registre

9.1 Litteraturhenvisninger

- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett*, Bind II. Oslo, 1997.
- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsrett*. Oslo, 2003.
- Engelsrud, Gerd. *Styring og vern*. 2. utg. Oslo, 2003.
- Ertzaas, Ulf. *Arbeidsrettslig håndbok*. Ulf Ertzaas, Kari Bergeius Andersen og Henning Jakhelln. Kristiansand, 2004.
- Fanebust, Arne. *Tjenestemannsrett*. Oslo, 1987.
- Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4. utg. Oslo, 2001.
- Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett*. 2. utg. Oslo, 2002.
- Frihagen, Arvid. *Forvaltningsloven kommentarutgave*. 2.utg. Oslo, 1986.
- Gjone, Tor. *Bedriftens personalhåndbok*. Tor Gjone og Erik C. Aagaard. 6. utg. Oslo, 2002.
- Hov, Jo. *Rettergang*, Bind III Sivilprosess. Oslo, 1999.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. Oslo, 2004.
- Johansen, Thor-Erik. *Arbeidsrett*. Oslo, 1997.
- Johansen, Thor-Erik. *Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold*. 3. utg. Kristiansand, 2001.

9.2 Lovregister

9.2.1 Norske lover

Arbeidsmiljøloven	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 nr. 4.
Arbeidsmiljøloven (ny)	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (ikrafttredelse 1. januar 2006).
Arbeidstvistloven	Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1.
Domstolloven	Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5.
Embets- og tjenestemannsloven	Lov om statens embets- og tjenestemenn av 17. juni 2005 nr. 103 (ikrafttredelse 1. januar 2006).
Forvaltningsloven	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967.
Sjømannsloven	Sjømannslov av 30. mai 1975 nr. 18.
Straffeloven	Straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10.
Tjenestemannsloven	Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3.
Twistemålsloven	Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6.

9.2.2 Utenlandske lover

Sverige

Anställningsskyddlagen	Lagen om anställningsskydd (1982:80)
------------------------	--------------------------------------

9.3 Forarbeider

Ot.prp.nr.108 2000-2001	Om lov om endringer i diverse lover for å fjerne hindringer for elektronisk kommunikasjon.
Ot.prp.nr.8 2002-2003	Om lov om endringer i rettergangslovgivningen mv. (elektronisk kommunikasjon med domstolene mv.)

Ot.prp.nr.27 1968-1969 Om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover.

9.4 Domsregister

9.4.1 Rt. (Norsk Retstidende)

Rt. 1956 side 578

Rt. 1963 side 1013

Rt. 1965 side 1075

Rt. 1971 side 310

Rt. 1982 side 1729 Hoaas-saken

Rt. 1984 side 1058

Rt. 1992 side 1023 Flykapteindommen

Rt. 1994 side 369 Kapteinsirkulærdommen

Rt. 1999 side 163 AKAN-dommen

Rt. 2001 side 1362 Adjunktsaken

Rt. 2002 side 273

Rt. 2003 side 480

Rt. 2005 side 518 Pornodommen

9.4.2 RG (Rettens Gang)

RG 1950 side 626 (Frostating)

RG 1961 side 262 (Oslo)

RG 1964 side 234 (Hålogaland)

RG 1997 side 576 (Borgarting)

RG 2003 side 544 (Frostating)

9.4.3 ARD (Dommer og kjennelser av Arbeidsretten)

ARD 1959 side 227

ARD 1979 side 43

ARD 1980 side 253

9.4.4 NAD (Norsk Arbeidsrettslig Domssamling)

NAD 1981 – 1983 side 350 (Bergen)

NAD 1981 – 1983 side 387 (Tromsø)

NAD 1981 – 1983 side 676 (Trondheim)

NAD 1984 – 1985 side 526 (Asker og Bærum)

NAD 1986 side 298 (Asker og Bærum)

NAD 1988 side 880 (Tana og Varanger)

NAD 1988 side 1240 (Nordre Sunnmøre)

9.4.5 Upubliserte avgjørelser

Eidsivating 1994 15.08 (LE-1993-2378)

Hålogaland 1994 02.12 (LH-1994-267)

Gulating 1996 21.06 (LG-1995-1447)

Agder 1997 01.04 (LA-1996-1234)

Borgarting 1998 28.10 (LB-1997-2324)

Hålogaland 1999 06.07 (LH-1998-902)

Hålogaland 2000 10.05 (LH-1999-1004)

Borgarting 2000 26.05 (LB-1999-1429)

9.4.6 Utenlandske avgjørelser

Danmark

U (Ugeskrift for Retsvæsen)

U 1991/411 H

9.5 Sivilombudsmannens praksis

Sivilombudsmannens årsmelding 2001 side 133, Somb-2001-23.

9.6 Andre kilder

Uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, 1. august 1994 (JDLOV-1994-1509)

Uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, 31. august 1977 (jnr. 1363/77 E)

Det seiler en skumring i lønnetrekroner; hvert
kvelddugget strå står bedrøvet og toner døgnets farvel.

André Bjerke

